



ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ACTUALIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO

COORDINADOR:
MARIO PASCO COSMÓPOLIS



Academia Iberoamericana
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social



Actualidad del Derecho del trabajo

DERECHOS RESERVADOS DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente sin permiso expreso de la editorial

Ira. edición, noviembre del 2009

© 2009, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de
la Seguridad Social
Av. San Felipe N° 758, Jesús María, Lima, Perú

© 2009, Asociación Escuela de Graduados de Iure
Calle Cipriano Agüero N° 195, segundo piso,
Miraflores, Lima, Perú
Teléfono: (511) 447-1621
Correo electrónico: admin@e-deiure.com

Impresión: Grupo editorial arteidea E.I.R.L.

Hecho el depósito legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-14720

ISBN: 978-612-45644-0-6

Primera Edición
Libro hecho e impreso en Lima, Perú.

IN MEMORIAM

PROFESOR JUAN RIVERO LAMAS

EX SECRETARIO GENERAL DE LA
ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ÍNDICE GENERAL

Presentación.....	IX
-------------------	----

Eppur si muove

Rafael F. Alburquerque	1
------------------------------	---

ESTABILIDAD LABORAL: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Seguridad del empleo: visión actual de la terminación de la relación de trabajo en Iberoamérica

Emilio Morgado Valenzuela	25
---------------------------------	----

Estabilidad laboral.

El estado de la cuestión en la República Argentina

Jorge Rodríguez Mancini	69
-------------------------------	----

Características generales propias de un sistema de protección al empleo

Óscar Hernández Álvarez.....	87
------------------------------	----

Estabilidad laboral: el estado de la cuestión en el Perú

César Gonzáles Hunt.....	107
--------------------------	-----

MITOLOGÍA Y PATOLOGÍA EN EL DERECHO DEL TRABAJO DE LOS PRINCIPIOS A LA REALIDAD

Mitología y patología en el Derecho del trabajo De los principios a la realidad

Amauri Mascaro Nascimento..... 139

Mitologías y patologías en el Derecho del trabajo De los principios a la realidad

Rolando Murgas Torrazza 147

Paradigmas del Derecho del trabajo ante las exigencias de constante adaptación

Víctor Ferro Delgado 171

CELERIDAD PROCESAL: ¿UN *DESIDERATUM*, UNA ENTELEQUIA?

Celeridad procesal en México

Néstor de Buen Lozano..... 215

La celeridad del proceso laboral

Óscar Ermida Uriarte..... 233

La celeridad procesal: ¿un *desideratum*, una entelequia?

Mario Pasco Cosmópolis..... 253

ACTUALIDAD DEL DERECHO LABORAL

Acompaña a la rúbrica de este libro –Actualidad del Derecho Laboral– una doble connotación.

Por una parte, los trabajos que en él se recogen reflejan algunos de los temas más vívidos y de mayor vigencia en el mundo de nuestros días; representan, entonces, una visión muy presente del Derecho del Trabajo, su actualidad.

Pero, por otra parte, quiere significar que nuestra disciplina, tan resistida y vilipendiada por algunos economistas de corte neoliberal, sobrevive, mantiene su autoridad, su actualidad.

Nada mejor para testimoniarlo que el ensayo que lo abre titulado sugerentemente: *Eppur si muove*, la célebre frase de Galileo Galilei, quien, forzado a admitir bajo amenaza de muerte que el sol giraba en torno a una tierra inmóvil, hubo de hacerlo, para luego musitar: “*Y sin embargo se mueve...*”

Es que al Derecho del Trabajo podrán criticarlo, “y no podrán matarlo”, como decía Alejandro Romualdo de Túpac Amaru. O los versos de Vallejo sobre el viejo combatiente: “entonces, todos los hombres de la tierra [...] le rodearon; les vio el cadáver triste, emocionado; incorporóse lentamente; [...] abrazó al primer hombre; echóse a andar”.

Porque el Derecho del Trabajo sigue andando: está vivo, palpitante, creativo, renovador.

Este libro recoge las ponencias que los autores –sin duda, de los más destacados de nuestro Continente– presentaron en el Seminario Internacional organizado por la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Lima, los días 25, 26 y 27 de noviembre de 2009.

El Seminario, que contó con la colaboración del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tuvo el auspicio de la Academia de la Magistratura y del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, ambos del Perú, y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Con el Seminario se rindió homenaje a la OIT, por el 90° Aniversario de su creación, y fue dedicado *In Memoriam* al Profesor Juan Rivero Lamas, quien falleció en 2007 cuando desempeñaba el cargo de Secretario General de nuestra Academia.

La **estabilidad laboral** sigue siendo tema de debate y aún de polémica. Sus defensores y sus detractores no ceden en sus posiciones, ya que pocos temas, si alguno, desatan pasiones así, no solo –o no tanto– entre los estudiosos, cuanto entre trabajadores y empleadores, los protagonistas de las relaciones laborales.

Aquí se nos presenta precisamente en su visión actual: el estado de la cuestión, como ahora se acostumbra decir.

Mitología y patología en el Derecho del Trabajo. Hay muchos mitos, muchas propuestas encumbradas, muchas leyes grandilocuentes, que, sin embargo, no tienen correlato en la realidad. Son promesas que rara vez o nunca se concretan en realizaciones.

En cambio, hay muchas situaciones aberrantes, reprobables, que no obstante se han instalado de modo permanente y amenazan con quedarse.

Mitología y patología: lo que va de los principios a la descarnada realidad.

La celeridad procesal, esa virtud escasa y reclamada, ¿es viable? O se trata solo de una ideal inalcanzable, una aspiración siempre insatisfecha, una entelequia apenas.

Y si fuera viable, ¿qué debemos superar para conseguirla?

Aunque añejo –y respetable por eso mismo– siempre resuena el dicho de que justicia retardada es justicia denegada. No es justicia, simplemente.

Hoy, sin embargo, el proceso oral –el más antiguo y el más moderno de la historia– abre nuevas expectativas al respecto.

De los autores hay poco que decir, porque todo está dicho. Representan, posiblemente, lo más granado del pensamiento laboral en esta parte del mundo.

Rafael Alburquerque de Castro es Vicepresidente Constitucional de la República Dominicana. Fue ministro del Trabajo por casi diez años y llevó a cabo una proeza sin parangón: siendo ministro en un gobierno, continuó siéndolo en el siguiente, que era de un signo político totalmente diverso y adverso. Se le reconoce además como uno de los autores del Código del Trabajo de su país. Es catedrático universitario y miembro de número de nuestra Academia.

Emilio Morgado Valenzuela ha sido alto funcionario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la que fue Director de la Oficina Regional para Centro América y El Caribe, y del Centro Interamericano de Administración del Trabajo (CIAT). Ha sido Presidente y es Presidente Honorario de nuestra Academia.

Jorge Rodríguez Mancini, catedrático emérito de la Universidad de Buenos Aires, es uno de los más respetados estudiosos de su país y autor de copiosa producción intelectual. Es Vicepresidente 2° de nuestra Academia.

Óscar Hernández Álvarez es profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Lizandro Alvarado de Barquisimeto, Venezuela, y miembro de número de nuestra Academia, como también de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

César Gonzáles Hunt, Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, es catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rolando Murgas Torrazza ha sido Ministro de Trabajo y Ministro de Educación y es catedrático en la Universidad de Panamá. Es Vicepresidente 1º de nuestra Academia y fue coautor del Código del Trabajo de su país.

Amauri Mascaro Nascimento, Secretario General de nuestra Academia, es catedrático emérito de la Universidad de Sao Paulo, y tiene vasta obra publicada en virtualmente todos los temas del Derecho del Trabajo.

Víctor Ferro Delgado, catedrático principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, es Presidente del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Néstor de Buen Lozano, ex Presidente y Presidente Honorario de nuestra Academia, es catedrático emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Óscar Ermida Uriarte, catedrático de la Universidad de la República, Uruguay, es Secretario General Adjunto de nuestra Academia.

Mario Pasco Cosmópolis, Presidente de nuestra Academia, ha sido Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, y es catedrático principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

EPPUR SI MUOVE

RAFAEL F. ALBURQUERQUE

Primera parte: El nuevo modelo de producción. 1. La subordinación como criterio de protección. 2. Nuevos criterios de protección. *Segunda parte:* La ideología neoliberal. 1. La flexibilidad y el empleo. 2. La crisis del siglo. Conclusiones.

El Derecho del trabajo tomó carta de ciudadanía con el Tratado de Versailles de 1919. Ciertamente que antes de esa fecha se conocieron diversas normas de protección al trabajo asalariado, pero no fue hasta la firma del mencionado tratado cuando surgió como un estructurado conjunto de normas, fundamentado en principios y caracteres propios, que hicieron de la legislación del trabajo una verdadera rama del Derecho, con peculiaridades y fisonomía singular, que la separó del Derecho privado de las obligaciones.

El nuevo Derecho, como le llamó Alfredo Palacios en su obra de 1920, tuvo como misión proteger a los trabajadores contra los excesos de la explotación del capital, pero al mismo tiempo sirvió para organizar y legitimar el régimen de dependencia en que el sistema colocaba al asalariado⁽¹⁾. Se trataba de un acuerdo transaccional entre la burguesía

(1) LYON-CAEN, Gérard: *Les fondements historiques et rationnels du droit du travail*. Coordinadores: PELISSIER SUPLOT y JEAMMAUD. En: *Droit du travail*. Dalloz, París, 2002, p. 42, nota 1.

y el proletariado europeos que organizaba el modo de producción capitalista asegurando un determinado equilibrio entre los protagonistas de la relación de trabajo⁽²⁾. La clase dominante ofrecía determinadas garantías mínimas de tutela estatal a los trabajadores, a cambio de que estos abandonaran su acción revolucionaria que de ejercerla podía conducir a poner fin al orden social establecido.

El fragor de la sublevación bolchevique y su consiguiente tomar de poder en 1917 estaban muy frescos en el recuerdo de la burguesía gobernante de Europa occidental para que esta se resistiera tozudamente a las reclamaciones de los trabajadores; mucho más conveniente para los intereses de aquella era mediatizar la confrontación de clases y hacer participar al proletariado, aunque fuera de modo limitado, de las bondades del capitalismo, con lo cual lograban salvaguardar sus medios de producción.

Tal como han sostenido Pelissier, Supiot y Jeammaud, más que un "Derecho de conquista", el Derecho del trabajo se concibió como un "Derecho de compromiso", con el cual se logró en un momento determinado de la historia sentar las bases de un Estado de bienestar que sirviera para garantizar la paz social y al mismo tiempo preservar el sistema capitalista⁽³⁾.

Mientras el Estado de bienestar pudo mantener vigente el equilibrio entre los sectores productivos de la Nación no hubo cuestionamiento alguno a su existencia y funcionamiento. Muy al contrario, finalizada la segunda guerra mundial se consolidó el denominado capitalismo reformista que se erigió en un paradigma y en una aspiración para muchas naciones en vías de desarrollo, y así lo fue durante más de treinta años, hasta que el incremento de los precios de petróleo en la década de los setenta, el envejecimiento de la población que amenazó la estabilidad económica del modelo bismarkiano de la seguridad social, el crecimiento del endeudamiento seguido por una caída estrepitosa de los ingresos, y el surgimiento sostenido de la desocupación, condujeron a no pocos políticos y pensadores a preguntarse sobre la pertinencia del Estado de bienestar.

(2) Ibídem, nota anterior.

(3) Op. cit., p. 7, nota 4.

Las voces contrarias al modelo imperante se fortalecieron con la desintegración de la Unión Soviética en 1989 y un llamado al retorno del liberalismo fue plasmado con el Consenso de Washington de 1990, que impulsó la libertad de mercado, sin cortapisas, al mismo tiempo que los gobiernos de Reagan, en los Estados Unidos, y Thatcher, en el Reino Unido, ponían en práctica las primeras medidas de desmantelamiento del Estado de bienestar.

La vuelta al liberalismo económico, al *laissez faire, laissez passer*, tenía necesariamente que afectar a un Derecho que había nacido como un compromiso entre clases antagónicas. El Derecho del trabajo, concebido como un amortiguador y un disuasivo de la violencia revolucionaria, dejaba de tener razón de ser en un mundo dominado por el capitalismo, que en lo adelante se imponía a nivel mundial, sin que existiera un socialismo que lo estorbara.

En efecto, para el sistema capitalista las normas integradoras del Derecho del trabajo se aceptaban como un instrumento necesario de pacificación de las relaciones sociales. Ante el mundo bipolar establecido a partir del año 1945 resultaba conveniente sofrenar los ímpetus revolucionarios que pudieran atentar contra el modelo establecido. Pero, al caer el comunismo y agudizarse los sinsabores del Estado de bienestar, la época se hizo propicia para que el neoliberalismo sentara sus reales e impusiera a ultranza un Estado de libre mercado, sin intervención alguna de los poderes públicos, y sin necesidad de mecanismos de morigeración de la denominada lucha de clases.

Este panorama no podía resultar indiferente para el Derecho del trabajo. La disciplina no había cumplido sus cien años de existencia cuando ya comenzaba a ser criticada y vilipendiada por los cultores del liberalismo económico. Tímidamente, en un principio, como para no asustar a los trabajadores organizados, se pregonó la necesidad de flexibilizar las normas laborales, y el argumento usado fue que las mismas constituían cargas pesadas para las empresas que impedían la contratación de nuevos asalariados y, por ende, la lucha contra el desempleo.

La flexibilidad fue defendida en el campo de la contratación, con miras a debilitar al contrato de trabajo por tiempo indefinido y privilegiar, a

contrapelo de lo que hasta entonces se aceptaba, los contratos de duración determinada, que con el pretexto de fomentar el empleo terminaron por precarizar al trabajo. Dicha flexibilidad también fue reclamada para la reglamentación del trabajo, especialmente en lo concerniente a la duración máxima diaria y semanal de la jornada de trabajo, los días de descanso semanal y los períodos ininterrumpidos de vacaciones. Y lo mismo puede afirmarse respecto al régimen de extinción del vínculo contractual que fue liberalizado en algunos casos para disminuir las prestaciones de fin de contrato, derogar las trabas en el procedimiento de extinción o para llegar al extremo de hacer desaparecer la estabilidad laboral.

Más tarde, y en la medida que iba ganando terreno la tesis neoliberal, se pudo argumentar, sin tapujo alguno, la necesidad impostergable de desregular el Derecho del trabajo. No una simple flexibilización de sus normas, sino un desmonte de las mismas, de modo gradual o instantáneo, poco importa, pues en todo caso la desregulación pura y simple hubiera conducido a la desaparición del Derecho del trabajo y al retorno de una relación laboral dominada por la autonomía de la voluntad, sin garantías mínimas de ley para el asalariado.

Estos planteamientos terminaron por ser reforzados por las profundas transformaciones experimentadas por la economía mundial como consecuencia de la globalización de los mercados y el intenso desarrollo de la tecnología. Los cambios operados en la estructura y composición del mercado de trabajo y en la organización y métodos de producción de las empresas, pusieron en entredicho la vigencia de normas que habían sido elaboradas para responder a un modelo propio de una sociedad industrial.

El Derecho del trabajo fue ideado para un patrono nacional que en su establecimiento concentraba toda la producción y empleaba a todo su personal. Con el nuevo modelo empresarial la empresa se fragmenta, deja de ser vertical y su cadena de producción, al estilo fordista, se disgrega. Al establecimiento asiste un núcleo de operarios destinado a las tareas fundamentales del giro de la empresa; las demás son contratadas y ejecutadas por terceros. El jefe de la empresa produce para un mercado global y competitivo, lo que le obliga a responder a tiempo a las exigencias de sus clientes: el *just in time* se impone, el salario se paga a destajo para premiar

la eficiencia y la celeridad y desaparece el inventario de mercancías. El teletrabajo aleja al asalariado del centro de trabajo y la empresa puede llegar hasta el absurdo de no tener trabajadores en su planta física.

Es indudable que las normas del Derecho del trabajo se ajustan mal a esta nueva realidad. Más que la ideología neoliberal, es este nuevo modo de producción lo que estremece los principios y bases de sustento de la disciplina.

Por esta última reflexión debemos comenzar por dar respuesta a la inquietud que nos asalta a todos respecto a la sobrevivencia del Derecho laboral. Se trata de la infraestructura. Al neoliberalismo, como superestructura, reservaremos la segunda parte de este trabajo.

PRIMERA PARTE

EL NUEVO MODELO DE PRODUCCIÓN

El *trabajo subordinado*, considerado como el prestado por una persona bajo la dependencia y dirección de otra, es el objeto del Derecho del trabajo. El *trabajo independiente* que se ejecuta por cuenta propia es regido por otras ramas del Derecho. Por lo tanto, solo las relaciones de la persona que presta sus servicios por cuenta y bajo la autoridad y remuneración de otra estarán sujetas al Derecho del trabajo. La separación de ambos tipos de trabajo es categórica: al trabajo subordinado se le aplican las normas del Derecho del trabajo; en cambio, el trabajo independiente no goza de la protección laboral.

Este sistema binario, que separa claramente las normas que rigen al trabajo subordinado de las reservadas al trabajo independiente, empieza a entrar en crisis como resultado de los nuevos modos de producción que las empresas comienzan a utilizar para adaptarse a los cambios tecnológicos. Como bien lo afirma Galiana Moreno, asistimos a un "proceso de *disgregación* del vínculo laboral; proceso que se manifiesta tanto en el surgimiento de los que se vienen llamando trabajos *atípicos*, como en la tendencia al reforzamiento de la autonomía individual en la fijación de

condiciones de trabajo”⁽⁴⁾. El vínculo del trabajo subordinado tiende a la *deslaboralización*, “como expresión de una estrategia empresarial que busca abaratar costos y flexibilizar la organización del trabajo”⁽⁵⁾. El *just in time* “invita a tratar cada vez más a los asalariados clásicos ‘como si fueran’ trabajadores autónomos [...]”; en la cadena de la subcontratación, en las largas redes de la ‘*externalización*’, está emergiendo la figura del microempresario semiartesanal, formalmente ‘independiente’, pero, de hecho, reducido progresivamente a la condición de trabajador subalterno, vinculado cada vez más a las especificaciones productivas dictadas por la empresa contratante [...]”⁽⁶⁾.

Es oportuno aclarar que siempre se han conocido empleadores que tratan de eludir las normas de protección laboral. Gracias al recurso de la simulación se encubre el vínculo laboral bajo el aspecto de una relación de naturaleza jurídica diferente, sea civil, comercial, cooperativa, familiar o cualquier otra. En ocasiones se disfraza con la apariencia de un contrato de corta duración, que es renovado periódicamente, una vinculación de carácter estable e indefinido, y otras veces se recurre a la figura del intermediario para tratar de burlar la reglamentación del trabajo subordinado⁽⁷⁾.

En la actualidad, ya no se trata del fenómeno intencional de la simulación, sino de verdaderas circunstancias objetivas en las cuales difícilmente se pueda afirmar inequívocamente que exista un trabajo subordinado. En efecto, el empresario del mundo globalizado recurre con mayor frecuencia a “una serie de fórmulas flexibles y dinámicas de empleo, impensables en otros tiempos, que pueden ser difíciles de encuadrar entre los elementos clásicos de la relación de trabajo (subordinada)”⁽⁸⁾.

(4) GALIANA MORENO, J. M.: *Crisis del contrato de trabajo*. En: *Revista de Derecho Social*, Nº 2, Albacete, 1998, p. 47.

(5) RASO DELGUE, Juan: *La contratación atípica del trabajo*. AMF, Montevideo, 2000, p. 51.

(6) REVELLI, citado por FRASSINETI, Cesare: *La globalización, vista desde los últimos*. Grafo, Madrid, 2000, p. 46.

(7) La relación de trabajo: ámbito personal. Op. cit., pp. 27 a 29.

(8) *Ibidem*, nota anterior, p. 29.

El surgimiento de estas fórmulas flexibles y dinámicas de empleo ha puesto en entredicho al concepto de subordinación jurídica como elemento a utilizar para la determinación del trabajador que merece protección en su prestación de servicio, poniendo en riesgo al mismo Derecho del trabajo, que sustenta su ámbito de aplicación en dicha subordinación jurídica.

¿Qué hacer ante esta realidad insoslayable? Para algunos estudiosos de la materia la subordinación jurídica ha completado su ciclo y debe dar paso a nuevos criterios que permitan el mantenimiento de la protección al trabajador. Otros, en cambio, son de opinión que la subordinación puede aún jugar un papel importante dentro de los nuevos esquemas de contratación laboral, y es a este examen de la vigencia de la subordinación a lo cual debemos prestar atención antes que nada, para luego establecer si su existencia puede ser suficiente para responder a todas las nuevas realidades.

1. LA SUBORDINACIÓN COMO CRITERIO DE PROTECCIÓN

Somos de opinión que la subordinación jurídica sigue siendo el mejor criterio para la delimitación del ámbito personal de aplicación del Derecho del trabajo. Incluso, compartimos el criterio del maestro uruguayo Ameglio, en el sentido de que la disciplina que ocupa nuestra atención ha desarrollado las herramientas jurídicas necesarias para atrapar dentro de su órbita todas las formas fraudulentas de trabajo dependiente que se disfrazan con la apariencia de trabajo independiente⁽⁹⁾.

Veamos, por ejemplo, el caso del *outsourcing*, gracias al cual una empresa contrata a otras para efectuar operaciones específicas, pero complementarias, de su actividad principal. El ejemplo típico es el de las compañías telefónicas que encargan a una empresa contratista de efectuar con sus propios operarios todas aquellas actividades complementarias de su giro, tales como instalación y reparación de teléfonos; cableados

(9) AMEGLIO, Eduardo J.: *Problemática actual del contrato individual de trabajo: la frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente*. En: *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. SIDTSS-SPDTSS, Lima, 2001, p. 124.

en las calles; extensión de las líneas, etc. Una situación similar es la de un diario que contrata a un tercero especializado para que le elabore su suplemento deportivo o una revista social. También se conocen casos de empresas de zonas francas (maquiladoras) de la rama textil que recurren a talleres de costuras de una sola persona a quien encargan la elaboración final de sus prendas de vestir.

No cabe la menor duda que con el recurso a la empresa contratista, la principal reduce su plantilla y lanza hacia el exterior un conjunto de actividades que en adelante serán ejecutadas por pequeñas empresas, algunas de ellas, unipersonales, que se encargarán de contratar sus propios trabajadores, quienes tendrán un vínculo jurídico más precario y condiciones de trabajo menos beneficiosas. La gran empresa matriz se vacía y se reduce a un establecimiento "escueto", casi "hueco" en efectivos humanos, en que los trabajadores pierden la cohesión social y en forma dispersa pasan a prestar servicios en pequeñas unidades que se extienden horizontalmente en un amplio escenario geográfico que en ocasiones sobrepasa la frontera nacional⁽¹⁰⁾.

La modalidad de la *franquicia* también debe llamar la atención del jus-laboralista. En este caso contemplamos una empresa central pequeña con una red periférica de unidades. El concedente otorga al concesionario la autorización para fabricar, en todo o en parte y para distribuir y comercializar con carácter exclusivo, determinados productos o servicios dentro de una zona territorial delimitada, con el derecho de uso del nombre, marca u otros elementos distintivos frente al público del producto o servicio de que se trate y, por lo general, en un establecimiento propio del concesionario, pero que forma parte de una cadena formal, con otros de iguales características individualizados por los mismos signos distintivos. El concedente traspassa al concesionario los conocimientos tecnológicos y comerciales para ejercer sus actividades con eficacia y en contrapartida este queda obligado a pagarle determinada cifra, además de un porcentaje de sus beneficios o ganancias.

(10) Ibídem, nota anterior.

Una modalidad interesante de descentralización del trabajo es el *contrato de flete*, gracias al cual la empresa encarga el transporte de los bienes producidos a terceros, quienes proveen enteramente el servicio con sus vehículos y personal, asumiendo el riesgo correspondiente. A veces estos terceros son verdaderas empresas independientes, que ofrecen sus servicios a múltiples clientes, pero en ocasiones se trata de una empresa que se ha constituido exclusivamente para transportar los productos de la empresa madre. Incluso, se conocen casos en que la empresa le financia al transportista la adquisición del vehículo, quien se dedica a servirle con exclusividad.

Parecido al fenómeno de la *externalización* es el de la *tercerización*⁽¹¹⁾, caso en el cual la empresa principal contrata a un tercero para ejecutar determinadas labores especiales dentro de su establecimiento. En algunos casos, esta *tercerización* consiste en la celebración de un contrato con una cooperativa de trabajo y producción, que es constituida por iniciativa del antiguo empleador que bajo amenaza de cierre induce a hacerlo a sus trabajadores. La cooperativa arrienda la explotación a su antiguo empleador y se obliga a proporcionar el personal que trabajará en la empresa o pasa a ser titular del negocio mientras el antiguo empleador se reserva el derecho de la comercialización y distribución del producto.

En todos estos casos, como en muchos otros que nos puede presentar la realidad, siempre será posible a un juez laboral acucioso, investigador y perspicaz, armarse del principio de la primacía de la realidad para desentrañar la verdad y encontrar en la empresa principal al verdadero y real empleador de los operarios.

La empresa secundaria, el concesionario o el tercero contratado por la empresa principal puede ser calificado como un intermediario, un empleador aparente, y hacer recaer la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones laborales sobre la empresa principal. No se trata de una afirmación escrita sobre piedra, pues cada caso particular debe ser examinado por el juez para determinar la realidad de los hechos y de esta forma precisar cuál es el verdadero empleador del asalariado.

(11) FRASSINETI. Op. cit., p. 46.

Ahora bien, lo que queda claro es que estas nuevas figuras de la organización empresarial no deberían constituirse en un valladar para anular el criterio de la subordinación jurídica y descartar con una simple afirmación la aplicación de la reglamentación tutelar del Derecho del trabajo.

El mismo camionero, supuesto trabajador independiente, puede ser catalogado como asalariado si el juez aprecia que en sus servicios se dan las notas distintivas de la subordinación jurídica. En efecto, el solo hecho de figurar como propietario del camión no significa necesariamente que sea trabajador independiente. La condición de dueño podría ser una simulación.

En la legislación dominicana existe una disposición que facilita al juez la búsqueda del verdadero empleador y el reconocimiento de la existencia de la subordinación. El tercero, la empresa subcontratista y la subempresa de mano de obra, se considerarán intermediarios, y, por lo tanto, simples empleadores aparentes, si carece de elementos o condiciones propias para cumplir las obligaciones que se derivan de las relaciones con sus trabajadores. Si no pueden responder con las exigencias de la legislación del trabajo, el juez condenará solidariamente al empleador aparente con la empresa con la cual se relaciona y vende sus servicios. La jurisprudencia fortalece la disposición legal y sostiene el criterio de que el trabajador podrá a su conveniencia reclamar sus derechos al empleador aparente o al real o demandar a ambos conjuntamente. Si el trabajador solo demanda al empleador aparente, este puede poner en causa al verdadero empleador para que la sentencia le sea oponible o para liberarse de las condenaciones reclamadas probando su condición de trabajador o su calidad de empleador de una persona moral. Por el contrario, si reclama a ambos empleadores o exclusivamente al principal, este para liberarse de su responsabilidad deberá probar la solvencia económica del empleador secundario, o sea, demostrar que posee los medios económicos suficientes para cumplir con las obligaciones de sus trabajadores⁽¹²⁾.

De estas explicaciones podemos colegir que aun dentro de las nuevas realidades laborales la subordinación jurídica sigue siendo un criterio vá-

(12) Cas. 3ª, del 24 marzo de 1999, B.J. 1060, p. 925.

lido. No obstante, a la luz de los acontecimientos que se suceden en una economía globalizada y, por ende, del nacimiento de nuevas figuras en la organización y producción de las empresas, la noción de "*subordinación jurídica*" reclama de criterios más amplios y flexibles que los utilizados hasta ahora para su determinación, especialmente en aquellos casos de triangulación de la relación del trabajo. La subordinación jurídica puede seguir siendo un criterio válido de determinación del ámbito personal del Derecho laboral, pero a condición de que se "le interprete con mayor amplitud, agresividad y creatividad"⁽¹³⁾. Gracias a su papel activo, el juez de trabajo podrá hacer uso del principio de la primacía de la realidad con la finalidad de deshacer entuertos, destruir simulaciones, levantar el velo de la personería corporativa, orientado siempre hacia la búsqueda de la materialidad de la verdad.

2. NUEVOS CRITERIOS DE PROTECCIÓN

Ahora bien, el trabajo contemporáneo tiende a despersonalizarse, a ejecutarse en sistemas dúctiles y modulares de fabricación, a veces con ausencia de horarios, sin la presencia del trabajador en la empresa, y con posibilidades para este de participar más activamente en la organización de su propia actividad y en la toma de decisiones reservadas hasta hoy a la gerencia.

Aunque algunos autores sostienen que una interpretación amplia, agresiva y creativa de la subordinación jurídica serviría para dar respuesta favorable a la mayor parte de estos supuestos⁽¹⁴⁾; otros, en cambio, estiman que la subordinación no tiene papel alguno que jugar en los casos de verdaderos trabajos autónomos en dependencia económica, pues este tipo de trabajo carece de las notas propias de la subordinación jurídica⁽¹⁵⁾. Quienes así opinan consideran que la ampliación del ámbito personal del Derecho de trabajo solo podría lograrse mediante la constitución de

(13) ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar: *Crítica de la subordinación*. Trabajo inédito, Montevideo, 2001, p. 21.

(14) *Ibidem*, nota anterior.

(15) UGARTE, José Luis. *Op. cit.*, p. 104.

regímenes especiales destinados a determinados sectores, correspondiendo al legislador seleccionar el colectivo específico que se quiera proteger y el nivel de tutela que habrán de recibir⁽¹⁶⁾.

Se propone, por lo tanto, la elaboración de un nuevo Derecho del trabajo que sin abandonar la subordinación jurídica como elemento determinante de su ámbito personal, pueda establecer un factor adicional que permita abarcar a trabajadores jurídicamente independientes que necesitan de protección por su condición de dependencia económica.

Este nuevo Derecho laboral debería desarrollar y elaborar un marco normativo alrededor del concepto de “*interdependencia*”, que por situarse en la mitad del camino entre la subordinación y el trabajo autónomo, podría necesitar de la tutela del legislador cuando se presta en forma económicamente dependiente⁽¹⁷⁾.

Alain Supiot se adhiere a esta tesis, pues como lo afirma, existen zonas grises entre el trabajo subordinado y el independiente que justificarían implantar formas híbridas de protección que vendrían a tutelar a trabajadores que siendo jurídicamente independientes dependen económicamente del receptor de los servicios⁽¹⁸⁾.

En consonancia con este criterio la doctrina italiana ha elaborado la noción de “*trabajo continuado y coordinado*”, prevalecientemente personal, aunque no necesariamente subordinado. Por “*obra continuada*”, se explica, debe entenderse aquella que se refiere a relaciones que se concretan de hecho o por contrato en la ejecución de más de una obra o servicios o en el desarrollo de una actividad laboral. Junto a este carácter de continuidad, aparece el de “*coordinación*”, como expresión de la conexión funcional de la prestación de trabajo con la actividad realizada por el destinatario de dicha prestación. La diferencia entre actividad

(16) *Ibidem*, nota anterior, p. 106.

(17) CORDOVA, Efrén: *El papel de la industrialización y el principio de subordinación en la evolución de la legislación laboral*. En: *Evolución del pensamiento juslaboralista. Estudios en homenaje al profesor Héctor-Hugo Barbagelata*, Montevideo, 2001, p. 136.

(18) SUPIOT, Alain: *Trabajo asalariado y trabajo independiente*, informe para el VI Congreso Europeo de Derecho del Trabajo, Varsovia, 1999, p. 160.

coordinada y trabajo subordinado radica en el hecho de que la primera, a diferencia de la subordinación, no excluye que el trabajador pueda determinar de manera autónoma o en acuerdo con el empleador no solo las modalidades, sino también el lugar y el tiempo de cumplimiento de la prestación de trabajo. Mientras que el poder del empleador en el contrato de trabajo subordinado es un poder de dirigir el trabajo y de determinar las modalidades de su ejecución, en el trabajo coordinado el poder del que comisiona el trabajo se limita a expresar su conformidad con el mismo. De esta forma se ampliaría la protección más allá de la frontera del trabajo subordinado para ser extendida al trabajo que los autores italianos llaman “*parasubordinado*”.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia italianas no proponen que este criterio sustituya al de la subordinación jurídica como elemento determinante del ámbito de aplicación personal del Derecho del trabajo, sino como factor propio de ciertas categorías de trabajo autónomo que requieren ser protegidas por ser prevalentemente personales, continuadas y coordinadas por la empresa en condiciones que evidencian una debilidad contractual de la persona que presta los servicios⁽¹⁹⁾.

Por su parte, el Derecho alemán ha elaborado la noción de “*employee-like persons*”, designación con la cual se clasifican las personas que son formalmente trabajadores independientes, pero cuya situación económica los asemeja a un trabajador subordinado. Estas personas son económicamente dependientes y por esta razón necesitan de una protección, a condición de que ejecuten sus tareas por sí solos, sin ayuda de empleados y que la mayor parte de su labor sea realizada para una sola persona o más de la mitad de sus ingresos sea pagada por una sola persona.

En todas estas fórmulas subyace el concepto de la “*dependencia económica*”, que en los inicios del Derecho del trabajo sirvió de fundamento para exigir la tutela laboral. Ante un contratante débil social y económicamente, la igualdad de partes del Derecho civil transformaba al viejo arrendamiento de servicios en un contrato de adhesión, pues las

(19) ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar: *Crítica de la subordinación*, trabajo inédito, Montevideo, 2001.

necesidades apremiantes del trabajador le privaban de capacidad para negociar. Si la función primaria del Derecho del trabajo es proteger al económicamente insuficiente, nada más aconsejable que extender su ámbito personal de aplicación a situaciones en las cuales existe una relación laboral que aunque verdaderamente autónoma es dependiente económicamente de una empresa.

No se niega que el concepto de "*dependencia económica*" es de tal vaguedad que difícilmente pueda servir al juez para resolver con precisión las dudas que se presenten en una determinada relación jurídica. Prácticamente, en cualquier rama del Derecho los contratantes casi siempre se encuentran en desigualdad económica, de modo que para el tribunal de trabajo sería bien difícil encontrar "los parámetros objetivos que le permitan establecer cuándo la desigualdad económica es de tal grado que se transforma en dependencia económica"⁽²⁰⁾. A pesar de esta observación, es justo reconocer que se trata de un mal menor, pues no deberían ni la legislación ni los jueces permanecer impasibles ante el fenómeno actual de expulsión del Derecho del trabajo de un número cada vez mayor de asalariados que son lanzados a un ámbito en donde no encuentra protección alguna aunque la necesiten por causa de su debilidad económica.

En adición al carácter elusivo de la noción de "*dependencia económica*", a ser utilizado como un criterio adicional de protección en el Derecho del trabajo, los propios sostenedores de esta tesis advierten que la extensión de la protección laboral a los "*parasubordinados*" no implica necesariamente que estos estarán regidos por las mismas normas de protección que los asalariados. ¿Cómo aplicar el régimen de la jornada de trabajo, por ejemplo, a un trabajador independiente relacionado con una empresa? Se necesitará de una reglamentación especializada que muy probablemente ofrecerá una protección disminuida, con lo cual se corre el riesgo de provocar una migración hacia aquellos niveles de menor protección⁽²¹⁾. Ahora bien, debe recordarse que el Derecho del trabajo nunca ha tenido un carácter homogéneo, pues sus normas siempre se han modulado tomando en consideración la persona del trabajador y

(20) AMEGLIO, Eduardo J. Op. cit., p. 123.

(21) ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. Op. cit., p. 19.

la capacidad económica de la empresa. Junto con un núcleo de normas generales, la disciplina laboral siempre ha conocido regímenes diferenciados, como sucede con los trabajadores domésticos, marinos, agrícolas y de transporte terrestre.

SEGUNDA PARTE

LA IDEOLOGÍA NEOLIBERAL

Son numerosas las voces que siempre han querido demostrar que existe una oposición entre el derecho al trabajo y el Derecho del trabajo. Este, se argumenta, con sus regulaciones que imponen cargas económicas al empresario, se constituye en un obstáculo para el combate a la desocupación y el fomento del empleo. Mientras persistan normas al trabajo asalariado, se afirma, difícilmente se animarán los inversionistas a constituir empresas, fuente indispensable para la creación de nuevos puestos de trabajo.

Como hemos señalado en el inicio de esta ponencia, el reclamo de la flexibilidad en la normativa laboral fue la bandera levantada para aquellos que en un momento determinado postularon que el derecho al trabajo, generalmente norma constitucional, debía anteponerse a las restricciones que la legislación disponía en perjuicio del mercado de trabajo.

Hacer flexibles las normas del trabajo se constituyó en la tarea primordial del decenio del noventa en busca de combatir la desocupación e incitar a los empresarios a generar fuentes de trabajo.

Examinar esas políticas de flexibilidad como instrumento de creación de empleo es lo que a continuación procederemos a realizar. Luego tendremos que referirnos a la situación por la que atraviesa el mundo en la actualidad.

1. LA FLEXIBILIDAD Y EL EMPLEO

No nos parece prudente recurrir a la crítica de lo acontecido en diversos países que impulsados por las orientaciones del neoliberalismo

introdujeron reformas de desregulación en su legislación del trabajo con la esperanza de que al hacerlo se fomentaría el empleo. Basta con decir que una década después esas reformas tuvieron que ser abandonadas sin que realmente se hubiera disminuido la desocupación.

Pero, sí podemos referirnos a nuestro país. En el año de 1992, la República Dominicana promulgaba un nuevo Código de Trabajo, que a contrapelo de la propuesta de la onda neoliberal, ampliaba y reforzaba los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

Tanto durante el proceso de la reforma como luego de su aprobación, diversos sectores empresariales advirtieron que la nueva normativa sería un obstáculo para la creación de nuevas empresas, que la protección otorgada a la mujer llevaría a que se les cerrara las puertas al mercado de trabajo y que las pequeñas y medianas empresas desaparecerían bajo el peso de las nuevas cargas económicas incrementado así la desocupación.

Los empresarios del sector de zonas francas de exportación reclamaron la aprobación de un régimen especial, que le fue negado, protestando de que el nuevo ordenamiento jurídico les haría imposible la expansión de sus empresas y que a estas les sería imposible competir con las empresas maquiladoras de la subregión.

Las estadísticas sobre el empleo mostraron lo errado de esta percepción. Para 1990, dos años antes de la fecha de entrada en vigencia del Código de Trabajo, el desempleo abierto se situaba en un 20% de la población total y a partir de ese año la desocupación fue descendiendo paulatinamente hasta situarse en 13.7% en el año 2000. En cuanto al trabajo de la mujer, cifrado en un 30% en el año de 1990, había descendido para el 2000 a un poco más del 20%, esto, es, casi el doble del desempleo masculino, una brecha que se ha venido cerrando como consecuencia del mayor crecimiento en el empleo femenino registrado en los últimos años.

¿Cómo explicar este fenómeno de reducción de la desocupación en un país con una legislación del trabajo que en 1992 reforzó y amplió los derechos de los asalariados? La respuesta es una sola: la economía. A partir de los años noventa el país creció sostenidamente en su producto interno bruto por encima del cinco por ciento como promedio, con incrementos que llegaron entre 1996 y 2000 a casi un nueve por ciento.

Tampoco los empresarios de zonas francas que se resistieron con dureza a la nueva legislación vieron sus explotaciones amenazadas; por el contrario, durante toda la década del noventa continuaron creciendo y al llegar al año 2002 empleaban ciento setenta mil trabajadores, lo cual significaba que un 5.2% de las personas que trabajaban en el país para ese año estaban ocupados en las empresas de zonas francas.

Sin embargo, la crisis económica y financiera que sacudió al país en el año 2003, con la quiebra de tres de los principales bancos, desordenó totalmente la estabilidad y el crecimiento. El producto interno bruto decreció, la inflación superó al sesenta por ciento anual y la moneda nacional se depreció dramáticamente.

Como consecuencia de la crisis, la desocupación pasó de un 13.7% en el año 2000 a un 19.6% en el año 2004, pues numerosas empresas tuvieron que cerrar sus puertas, las inversiones se ahuyentaron y creció el sector informal de la economía. Al reiniciarse el crecimiento del país en el año 2005, el desempleo ya se situaba para el año 2007 en 14.3%.

Nos parece que estos datos son categóricos para demostrar que la generación o la pérdida del empleo se encuentran directamente vinculadas con la marcha de la economía y que la legislación del trabajo no es óbice para que un país pueda crecer y con su crecimiento y expansión combatir la desocupación.

El cuadro de la evolución del sector de zonas francas es un buen ejemplo de que es la economía –y no la legislación del trabajo– la que realmente influye en el auge o deterioro de un determinado mercado. Una legislación del trabajo decididamente protectora como la dominicana no impidió el crecimiento de este sector. Ni siquiera la crisis del año 2003 la afectó en un primer momento, pues al devaluarse la moneda nacional pudieron multiplicar sus ganancias con la exportación pagada en dólares norteamericanos. Empero, la eliminación de las cuotas de textiles en el mercado norteamericano y la competencia internacional provocaron que la industria de confección de prendas de vestir comenzara a mermar a partir del 2005 y para el año de 2006 el sector solo empleaba ciento cuarenta y ocho mil trabajadores, esto es, el 4.3% de la población que trabaja, contrario al 2000, en que los asalariados de las zonas francas representaban el 7% de la población ocupada.

El mismo sector de turismo tampoco ha sido perturbado por la legislación protectora del trabajo. Su crecimiento ha sido sostenido y sus ganancias crecientes hasta el momento de desatarse la crisis financiera y económica de 2008.

Las estadísticas hablan por sí mismas. Es el entorno económico, sea nacional o extranjero, lo que puede afectar sensiblemente al mercado de trabajo. Desde luego, siempre habrá que añadir otros factores, como el nivel de educación de la persona que busca trabajo o la seguridad jurídica que se ofrece a los inversionistas. Pero, no cabe duda alguna de que la economía traza la pauta y que es ella y no la legislación del trabajo la que influye sobre el desarrollo del mercado de trabajo.

El marxismo ya lo enseñaba. El Derecho es una superestructura que responde y se ajusta a la infraestructura económica. Es la economía lo determinante para la generación del empleo y el ejemplo dominicano muestra claramente que una legislación protectora no ha sido obstáculo en épocas de bonanza para la reducción de la desocupación. Pero esa misma legislación nada puede hacer para evitar que merme el empleo en épocas de crisis y contracción. Tal vez pueda aliviar las cargas económicas del empresario, a quien se le puede librar de sus penurias provocadas por la crisis, y con ello tratar de salvar el empleo, pero se trata de meros paliativos para conservar en alguna medida el empleo existente.

2. LA CRISIS DEL SIGLO

A partir de los problemas financieros acaecidos en los Estados Unidos a inicios del segundo semestre del año 2008, se desató a nivel global una profunda crisis económica que sacudió fuertemente al sistema.

La recesión se apoderó de los Estados Unidos y la mayor parte de los países de la Unión Europea, los intercambios comerciales cayeron estrepitosamente, los ingresos fiscales disminuyeron y la desocupación creció vertiginosamente.

Naturalmente, esta situación no sería ajena a la América Latina en la cual la mayor parte de sus países sufrieron efectos similares: a) después de varios años de crecimiento sostenido, la mayor parte de nuestros países,

con excepción de cinco, han visto decrecer su producto interno bruto; b) la pobreza y la indigencia que registraba un descenso notable ha vuelto a remontar; c) los índices de desocupación que estaban en descenso retornaron a cifras que solo se registraban muchos años antes de la crisis actual; y d) el sector informal de la economía, casi siempre elevado en el continente, hoy refleja cotas que superan en mucho casos más del cincuenta por ciento de la población ocupada.

Desde luego, estos indicadores económicos son fatales para la existencia del Derecho del trabajo y de la seguridad social. El incremento del desempleo y el crecimiento del sector no estructurado de la economía afectan a estas dos disciplinas. Si cada día que dura la crisis son expulsados trabajadores del mercado formal el ámbito personal de aplicación del Derecho del trabajo se reduce. La mayoría de las personas abrazan el trabajo independiente como un medio para sobrevivir y en este mercado no hay protección alguna porque no se aplican las regulaciones de la legislación del trabajo. Algo similar sucede con la seguridad social cuando la misma está concebida, tal como lo es en la mayor parte de América Latina, como un sistema que se sustenta con las contribuciones de trabajadores y empleadores. Los trabajadores por cuenta propia permanecen al margen de la seguridad social, al menos de su régimen contributivo, y aunque en algunos países se ha establecido para estos trabajadores un régimen especial denominado contributivo subsidiado, en que el Estado asume el pago de la cuota correspondiente al empleador, hasta ahora dicho régimen no ha podido ser aplicado con eficacia o sencillamente no se ha podido poner en práctica, por las mismas limitaciones presupuestarias de los Estados.

Esta es la gran incógnita para la supervivencia del Derecho del trabajo. Concebido como un instrumento de protección para los trabajadores asalariados estrechará su campo de aplicación en la medida que disminuyan sus destinatarios. Sin asalariados no hay Derecho del trabajo, y la intensidad del seísmo que ha impactado al sistema actual incrementa el mercado del sector informal en perjuicio de los asalariados que se fugan hacia el trabajo autónomo e independiente.

La respuesta no se encuentra en el Derecho del trabajo, que nada puede hacer para mejorar la suerte de los asalariados e impulsar su crecimiento. La solución está en la economía global y en el llamado "mercado libre", hoy puesto en causa por los efectos devastadores de la crisis.

No obstante, todo parece indicar que los hacedores e impulsores de la economía mundial han tenido que aceptar que con la crisis finaliza una etapa del capitalismo fundamentado en la libertad del mercado y en la restricción de los poderes del Estado. La fórmula planteada en el año 1981 por Ronald Reagan de que "el Estado no es la solución, sino el problema" parece ser abandonada y ahora comienza admitirse que los mercados no pueden autorregularse y de que el Estado debe necesariamente jugar un papel en el desempeño económico y en la protección social.

Hoy, ante el desempleo creciente, nadie aboga por ajustes estructurales ni por la flexibilidad de las normas del trabajo. Por el contrario, los organismos multilaterales, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo exigen como requisitos para sus préstamos que los mismos sean utilizados para fortalecer y mejorar la educación, la salud, la seguridad social y los programas de transferencias condicionadas para los hogares pobres.

El fundamentalismo liberal que prometió el paraíso en la Tierra parece haber llegado a su fin. Que el Director General de la OIT, don Juan Somavía, con su continuo peregrinar por el trabajo decente, haya sido invitado a la Cumbre del G-20, es una demostración de que pueden avizorarse esperanzas de un nuevo sistema económico que impulse la creación de empleos dignos, con garantías mínimas de protección y servicios garantizados en salud, educación, agua potable y energía limpia y renovable para toda la población.

CONCLUSIONES

Cuando Galileo fue constreñido a renunciar a su teoría de que la Tierra se movía alrededor del Sol, se dice que dejó escapar de sus labios una frase que ha quedado como leyenda para la historia: "*Eppur si muove*". Y sin embargo se mueve.

Del Derecho del trabajo podría decirse algo similar. Vilipendiado por los promotores del neoliberalismo y vapuleado por las transformaciones que han conducido a un nuevo modelo de producción capitalista, aún se mantiene con vida.

El fracaso de una globalización que puso énfasis en el libre mercado, que rechazó los controles del Estado y que ignoró lo social, ha conducido a la catástrofe actual y obligado a repensar un sistema que privilegió lo económico sobre el ser humano.

En la refundición de un nuevo sistema económico está situado el horizonte del Derecho del trabajo, que aún subsiste y que, a no dudar, irá en su devenir encontrando respuestas para las nuevas realidades del mundo empresarial. Poco importan las formas de organización de las empresas y los trabajos que surgen con la nueva tecnología. Siempre habrá necesidad de proteger al más vulnerable en cualquier relación laboral y para hacerlo se han diseñado y se diseñarán modelos de protección, los que conocemos hoy y los que puedan idearse en el futuro, y esos instrumentos de protección han conformado y conformarán el Derecho del trabajo, el de hoy y el de mañana.

Estabilidad laboral:
el estado de la cuestión

SEGURIDAD DEL EMPLEO: VISIÓN ACTUAL DE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO EN IBEROAMÉRICA

EMILIO MORGADO VALENZUELA

Primera parte: Normas internacionales y constitucionales. 1. El marco normativo internacional. 2. Normas constitucionales. *Segunda parte:* Principales factores limitantes de la seguridad del empleo. 1. Vicisitudes respecto de la existencia de una relación de trabajo. 2. Protagonismo de contratos de trabajo antes considerados "atípicos". 3. Ampliación y fortalecimiento de causales de terminación por motivos económicos y tecnológicos y por motivos de inadecuación de los trabajadores. 4. Preeminencia creciente de regímenes indemnizatorios substitutivos. *Tercera parte:* Principales cambios legislativos atinentes a las causas disciplinarias de terminación de la relación de trabajo.

Analizar los actuales perfiles de la seguridad en el empleo en Iberoamérica exige efectuar primero algunas precisiones acerca de los conceptos "actual" y "seguridad del empleo" utilizados en la preparación de esta monografía.

He creído conveniente entender por "actual" lo referido al período comprendido entre 1990 y 2009. ¿Por qué 1990? En primer lugar, porque lo concerniente a los años anteriores fue objeto de valiosos estudios publicados en 1987 bajo el título de "La extinción de la relación laboral. Perspectiva iberoamericana". Esa obra colectiva –coordinada por Mario Pasco Cosmópolis– agrupa estudios referidos a Brasil, España, México, Panamá, Perú, República Dominicana y Uruguay, cuyos enriquecedores contenidos han inspirado y alimentado la presente monografía, a la vez que han permitido concentrarla en lo atinente a los cambios habidos después de su publicación⁽¹⁾.

A lo expresado se agrega que 1990 es acertadamente considerado como la demarcación del antes y el después de los mayores y profundos cambios legislativos del Derecho del Trabajo en Iberoamérica como se analiza en dos valiosos estudios realizados bajo la dirección de María Luz Vega Ruiz⁽²⁾. Esas reformas son también el centro de atención de muy valiosos estudios acerca de la reforma laboral en América Latina⁽³⁾.

- (1) GIGLIO, Wagner D. (Brasil), MONTOYA MELGAR, Alfredo (España), DE BUEN LOZANO, Néstor (México), MURGAS TORRAZZA, Rolando (Panamá), PASCO COSMÓPOLIS, Mario (Perú), ALBURQUERQUE, Rafael (República Dominicana), y PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (Uruguay): *La extinción de la relación laboral. Perspectiva iberoamericana*. Coordinación de Mario Pasco Cosmópolis. Editorial AELE, Lima, 1987. Por otra parte, esos estudios fueron de gran utilidad en la preparación de sendos capítulos sobre *La extinción de la relación de trabajo* (DE BUEN UNNA, Carlos); *"La terminación de la relación de trabajo: clasificación y efectos"* (HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar), y *"El despido disciplinario"* (MORGADO VALENZUELA, Emilio) contenidos en la obra colectiva *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, preparada por la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIADTSS), con la coordinación de Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela. Su publicación en México (1997) fue patrocinada por la AIADTSS y la Universidad Autónoma de México.
- (2) Ver: (i) OIT, Oficina Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe: *"La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado"*, María Luz Vega Ruiz (Editora), Lima, 2001, y (ii) *"La reforma laboral en América Latina: 15 años después. Un análisis comparado"*, María Luz Vega Ruiz (Editora), Lima, 2005.
- (3) Entre ellos destacan: (i) BRONSTEIN, Arturo (Director); GUISADO, Héctor (Argentina), VIANA, Márcio Túlio (Brasil), BLANCO RIVERA, Óscar Andrés (Colombia), TAPIA GUERRERO, Francisco J. (Chile), REYNOSO CASTILLO, Carlos (México), MURGAS TORRAZZA Rolando (Panamá), HERNÁNDEZ CONTRERAS, Carlos (República Dominicana), MANGARELLI, Cristina (Uruguay), HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar

Sobre el particular se debe recordar que en el caso de Chile el proceso desregulador comenzó en 1978, con la adopción del Decreto Ley 2.200, que reemplazó a la legislación anterior sobre derecho individual del trabajo, incluyendo lo que se refiere a la terminación de la relación de trabajo, particularmente sus causales. Por otra parte, con el retorno a la democracia, en 1991 se inicia el proceso re-regulador de ese instituto.

Por otra parte, el concepto "seguridad del empleo" lo entiendo como la certeza, claridad y previsibilidad acerca de la aplicación de la normativa sobre la terminación de la relación de trabajo, que protege contra la terminación sin justa causa. La existencia de mayores niveles de seguridad del empleo conduce a acrecentar la ausencia temor de perderlo, en la medida en que esos niveles procuren el conocimiento claro de las causas de terminación y de las condiciones establecidas para evitar los peligros y riesgos de esa pérdida y de los daños consiguientes. Así entendida, la seguridad del empleo es una salvaguarda protectora que preserva la firmeza y constancia de la relación de trabajo.

Para el debido análisis de estos temas recurriendo a la comparación internacional cabe señalar las dificultades que derivan de las muy variadas y hasta contradictorias acepciones asignadas en las legislaciones a la terminología utilizada para examinar lo concerniente a la seguridad del empleo y la terminación de la relación de trabajo⁽⁴⁾.

La seguridad del empleo tiende a ser favorecida con la existencia de normas declarativas y garantizadoras de la estabilidad en el mismo⁽⁵⁾. La definición, alcances y modalidades de esa estabilidad son objeto de

(Venezuela). Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2007, y (ii) COOK, Maria Lorena: *The politics of Labor Reform in Latin America. Between flexibility and rights*. The Pennsylvania State University Press, 2007.

- (4) Esos problemas han sido señalados por numerosos autores, entre otros, por Carlos DE BUEN UNNA, en su aporte a la ya mencionada obra colectiva de la AIADTSS, 1997, pp. 501 y 502.
- (5) En forma categórica Mario PASCO COSMÓPOLIS afirma que la extinción de la relación laboral en el Perú solo puede ser estudiada y entendida en función y a partir de la estabilidad laboral. En: *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana*, Op. cit., p. 240. A su vez lo referido a la estabilidad en Panamá es analizado por Rolando MURGAS TORRAZZA (idem cita anterior, pp. 187 a 208).

fuertes debates doctrinales en torno a cómo, mediante ella, se incorporan –o retienen, en su caso– limitaciones efectivas a la terminación de la relación de trabajo, particularmente eliminando el despido *ad nutum*, en cualquiera de sus manifestaciones directas e indirectas.

El concepto de estabilidad no es unívoco. La doctrina suele distinguir entre la estabilidad absoluta y relativa propia o impropia. La estabilidad absoluta es entendida como la prohibición del despido que no se fundamenta en una causa legalmente establecida, por lo que si se produce el despido este es nulo y el trabajador puede exigir ser reincorporado en su puesto de trabajo. Tratándose de la estabilidad relativa propia el despido declarado nulo no conlleva la reincorporación real del despedido sino que genera la reincorporación ficta, esto es, la continuidad del derecho a recibir el pago de las correspondientes remuneraciones directas e indirectas. A su vez, existe estabilidad relativa impropia cuando el despido no se considera nulo y mantiene su validez y eficacia pero, no obstante, es sancionado con el pago de las indemnizaciones que establece la ley.

Tanto en la legislación como en la práctica iberoamericana están presentes una o más de estas modalidades de estabilidad. No obstante es fuerte la crítica acerca de aceptar formas de estabilidad distintas a la absoluta. Por ejemplo, Helios Sarthou sostiene que: (i) los institutos de la estabilidad están conformados en nuestro derecho positivo bajo una óptima unilateral funcional a la parte más fuerte de la relación de trabajo, de filiación sancionatoria y reparatoria, que omite el real enfoque tuitivo y humanista; (ii) la estructura jurídica de la supuesta estabilidad de los trabajadores en general están conformadas sobre la base del instituto del despido indemnizado; (iii) la doctrina y la jurisprudencia más recibidas, sin quererlo o queriéndolo, en ciertos casos, han homologado esta anómala reglamentación legal de la estabilidad, cuando la clasifica en absoluta y relativa, propia e impropia.

De este modo incluye el régimen indemnizatorio del despido como “estabilidad impropia”, cuando en realidad nada tiene que ver con la estabilidad, siendo un sistema de reparación de los efectos dañosos, precisamente de la violación de la estabilidad. No existe más que una estabilidad: el mantenimiento o reintegro de la relación de trabajo en los

mismos términos en que se encontraba al tiempo del despido. Tampoco la llamada “estabilidad propia relativa” es estabilidad, pues el restablecimiento de los efectos del contrato y la puesta de energía a la orden, no constituye la reinstalación efectiva y material en la empresa, impidiendo la plenitud de derechos materiales y morales que implica el contrato de trabajo. Esa reinstalación ficta puede afectar el plano moral del trabajador al percibir el salario sin realizar las tareas, comprometiendo su posición en el medio laboral, y (iv) la estabilidad impropia es una coartada semántica, y la propia relativa corrige la privación del salario pero no es verdadera estabilidad⁽⁶⁾.

Por otra parte, entre las consideraciones tenidas en cuenta al limitar y condicionar la terminación de la relación de trabajo cabe recordar las siguientes:

- a. Mientras para algunos el trabajo es un insumo reemplazable en el proceso productivo, para otros el trabajo tiene un carácter *alimentario* por cuanto su efecto remuneratorio constituye el único o principal ingreso del trabajador, por lo que la terminación de la relación de trabajo lesiona seriamente la capacidad del trabajador para atender sus necesidades y las de su grupo familiar dependiente. Adicionalmente, la pérdida injustificada del trabajo afecta su autoestima y limita su desarrollo personal.
- b. Desde el punto del Derecho del trabajo y de la seguridad social, la terminación de la relación de trabajo generalmente colisiona con los principios rectores de esas disciplinas. Además, dicha terminación afecta, condiciona o limita el acceso al ejercicio de los derechos laborales, afecta la naturaleza y calidad de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, a la vez que excluye o limita el acceso a las prestaciones de seguridad social y afecta el financiamiento de ellas.
- c. También la terminación de la relación de trabajo tiene efectos económicos directos e indirectos, tales como el pago de indemnizaciones, inversiones en la capacitación de nuevos trabajado-

(6) SARTHOU, Helios: *Trabajo, Derecho y sociedad. Estudios de Derecho individual del trabajo*. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, T. II, pp. 57 y 66

res, efectos recesivos por disminución de consumos, pérdida de imagen corporativa.

- d. Desde el punto de vista social la terminación de la relación de trabajo es una fuente alimentadora de la pobreza y la consiguiente elevación de los niveles de marginación y exclusión. Ello plantea nuevas exigencias a las políticas públicas de promoción del empleo.
- e. Desde el punto de vista político la terminación de la relación de trabajo afecta negativamente en el grado de cohesión social necesario para alcanzar o mantener niveles apropiados de gobernabilidad democrática inclusiva.

El análisis de las reformas ocurridas en el período 1990-2009 permite sostener que, en general, en los países iberoamericanos ha disminuido el nivel de seguridad del empleo por efecto de variados factores. Entre los numerosos factores predominantes mencionaremos solo cuatro: (i) las vicisitudes que actualmente presentan el concepto de relación de trabajo y su ámbito; (ii) el protagonismo asumido por los contratos de trabajo que antes eran conceptualizados como atípicos; (iii) la creciente ampliación y fortalecimiento de causales de terminación de la relación de trabajo por motivos económicos y tecnológicos y por motivos de inadaptación de los trabajadores, y (iv) la preeminencia creciente de regímenes indemnizatorios substitutivos.

Estos factores alcanzan dimensiones y expresiones estrechamente ligadas a los variantes entornos políticos y económicos existentes en los ámbitos nacionales e internacionales, a menudo acelerados o distorsionados por procesos de globalización en los que suelen estar ausentes los valores éticos que sirven de fundamento a los principios del Derecho del trabajo: el protectorio, el de continuidad, el de irrenunciabilidad, el de la primacía de la realidad, el de no discriminación, unidos a los principios del Derecho procesal del trabajo⁽⁷⁾.

(7) Sobre el particular me remito a los aportes de Mario ACKERMAN, Rafael ALBUQUERQUE, Néstor DE BUEN, Wagner D. GIGLIO, Alfredo MONTOYA MELGAR, Emilio MORGADO VALENZUELA, Rolando MURGAS TORRAZZA y Mario PASCO COSMÓPOLIS, en la obra denominada *En torno a los principios del Derecho del Trabajo*.

A lo anterior cabe agregar los múltiples efectos, directos e indirectos, derivados de la persistencia de altos niveles de desempleo y subempleo, cuyo abatimiento, según algunos, obliga a la desregulación de las normas laborales, en particular de las que regulan la contratación y la terminación de la relación de trabajo, mediante fórmulas de flexibilización de ingreso y egreso. De esta forma, al clásico enunciado del "empleo como bien escaso", formulado por el siempre recordado y apreciado profesor Manuel Alonso Olea, ahora hay que agregar las palabras "y precario".

Para abordar estas materias acudimos a la identificación de las normas internacionales y constitucionales que sirven de marco a las legislaciones nacionales, al análisis de los principales factores limitantes de la seguridad del empleo, y a la presentación de los principales cambios legislativos en lo atinente a las causales de terminación de la relación de trabajo.

PRIMERA PARTE

NORMAS INTERNACIONALES Y CONSTITUCIONALES

1. EL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL

En forma genérica, el derecho al empleo es considerado como un derecho humano en numerosas declaraciones, pactos y convenciones, de ámbito mundial, regional y subregional, particularmente en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), de la Organización de las Naciones Unidas (ONU); el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales (1966) de la ONU; el artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) de la Organización de los Estados Americanos (OEA); el artículo 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana

Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez, coordinada por Mario Pasco Cosmópolis, y editada por la Editorial Porrúa, México D.F., 2005.

sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", adoptado 1988 en el marco de la OEA, y la Declaración Sociolaboral del Mercado Común del Sur (Mercosur), de 1998⁽⁸⁾.

En forma específica la terminación de la relación del trabajo es regulada en el Convenio número 158 de la OIT, cuyas normas son complementadas por las contenidas en la Recomendación número 166, sobre la terminación de la relación de trabajo. Ambos textos normativos fueron adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo el 22 de Junio de 1982. El Convenio entró en vigencia el 23 de Noviembre de 1985. Hasta el 31 de diciembre de 2008 ha sido ratificado por tres países iberoamericanos: España, Portugal y la República Bolivariana de Venezuela.

Al adoptar el Convenio número 158, la Conferencia tuvo presente que desde la adopción de la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963, se habían registrado novedades importantes en la legislación y en la práctica de numerosos Estados miembros, y que, por otra parte, se consideraba oportuno nuevas normas internacionales en la materia, "habida cuenta en particular de los graves problemas que se plantean en esta esfera como consecuencia de las dificultades económicas y de los cambios tecnológicos sobrevenidos durante los últimos años en gran número de países".

El Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas, pero todo miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas: (a) los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea⁽⁹⁾; (b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro

(8) Véase: ERMIDA URIARTE, Óscar: *La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica*. En: *Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo. El Trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Manuel Alonso Olea*. Coordinador: Alfredo Montoya Melgar. Ministerio de Trabajo y Asuntos Social, Madrid, 2003.

(9) Se deberán prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio.

caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable, y (c) los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración. En el Convenio se prevé que –en la medida en que sea necesario, y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan– la autoridad competente o el organismo apropiado de cada país podrá tomar medidas para excluir de la aplicación del presente Convenio o de algunas de sus disposiciones a ciertas categorías de personas empleadas cuyas condiciones de empleo se rijan por disposiciones especiales que en su conjunto confieran una protección por lo menos equivalente a la que prevé este Convenio. De igual manera, cada país podrá tomar medidas para excluir de la aplicación del presente Convenio o de algunas de sus disposiciones a otras categorías limitadas de personas empleadas respecto a las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea⁽¹⁰⁾.

En el Convenio se regula lo concerniente a la justificación de la terminación, los procedimientos previos a la terminación o en ocasión de esta. A los efectos del Convenio, las expresiones *terminación* y *terminación* de la relación de trabajo significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. En consecuencia, el Convenio no regula las demás modalidades de terminación.

En lo concerniente a la justificación de la terminación en el Convenio se dispone que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. A la vez expresa que

(10) Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá enumerar, en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que someta en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las categorías que hubieren sido excluidas en virtud de las normas ya indicadas, explicando los motivos de dicha exclusión, y deberá indicar en las memorias subsiguientes el estado de su legislación y práctica respecto de las categorías excluidas y la medida en que aplica o se propone aplicar el Convenio a tales categorías.

entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: (a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; (b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; (c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; (d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social, y (e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

Asimismo, se establece que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo⁽¹¹⁾.

A su vez, en lo referido a los procedimientos previos a la terminación o en ocasión de esta, en el Convenio se dispone que no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.

También el Convenio regula lo atinente al recurso contra la terminación disponiendo que el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro⁽¹²⁾. Esos organismos estarán

(11) La definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación de esta norma serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del Convenio.

(12) Si una autoridad competente ha autorizado la terminación, la aplicación del párrafo 1 del presente artículo podrá variar de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada. A fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del Convenio deberán prever una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas: (a) incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, tal como ha sido definida en el Convenio, y (b) los organismos recién estarán facultados para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales.

En el Convenio se dispone que podrá considerarse que el trabajador ha renunciado a su derecho de recurrir contra la terminación de su relación de trabajo si no hubiere ejercido tal derecho dentro de un plazo razonable después de la terminación.

Por otra parte, en los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos ya mencionados estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del Convenio. Si esos organismos llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

En cuanto al plazo de preaviso, el trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable

de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso.

En lo concerniente a la indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos, en el Convenio se dispone que de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: (a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o (b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o (c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones. Cuando el trabajador no reúna las condiciones de calificación para tener derecho a las prestaciones de un seguro de desempleo o de asistencia a los desempleados en virtud de un sistema de alcance general, no será exigible el pago de las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el literal (a) recién evocado, por el solo hecho de que el trabajador no reciba prestaciones de desempleo en virtud del literal (b) recién citado. En caso de terminación por falta grave podrá preverse la pérdida del derecho a percibir las indemnizaciones o prestaciones mencionadas, recurriendo a los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del Convenio.

Mediante disposiciones complementarias sobre la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, en el Convenio se regula lo atinente a la consulta de los representantes de los trabajadores y la notificación a la autoridad competente. En el primer caso, se dispone que cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos: (a) proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían

de llevarse a cabo dichas terminaciones⁽¹³⁾; (b) de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos. Adicionalmente y de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, el empleador que prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos las notificará lo antes posible a la autoridad competente, comunicándole la información pertinente, incluida una constancia por escrito de los motivos de las terminaciones previstas, el número y las categorías de los trabajadores que puedan verse afectados y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones⁽¹⁴⁾.

2. NORMAS CONSTITUCIONALES

La seguridad del empleo mediante la regulación de la terminación de la relación de trabajo es declarada en numerosas Constituciones de los países iberoamericanos, recurriendo a variadas modalidades tales como la protección contra el despido arbitrario (*Argentina, Brasil, Venezuela*), la estabilidad en el trabajo (*Bolivia, Colombia, Honduras, Nicaragua, Paraguay*), la necesidad de desahucio (*Bolivia, Brasil*), la necesidad de justa causa (*Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Venezuela*), la indemnización compensatoria u otras prestaciones (*Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras,*

(13) La aplicación de esta medida se podrá limitar, mediante los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio, a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a una cifra o a un porcentaje determinados del personal. De otra parte, para estos efectos la expresión representantes de los trabajadores interesados se aplica a los representantes de los trabajadores reconocidos como tales por la legislación o la práctica nacionales, de conformidad con el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971.

(14) La legislación nacional podrá limitar la aplicabilidad de esta medida a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a un número o a un porcentaje determinados del personal.

México, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela), el pago de daños y perjuicios (Guatemala, Honduras), la readmisión (Perú), el seguro de desempleo (Costa Rica), el despido indirecto (Guatemala, México), la prohibición de la discriminación antisindical (México), y la nulidad del despido (Venezuela)⁽¹⁵⁾.

SEGUNDA PARTE

PRINCIPALES FACTORES LIMITANTES DE LA SEGURIDAD DEL EMPLEO⁽¹⁶⁾

La seguridad del empleo resulta afectada de factores de variada naturaleza. Entre los de carácter laboral destacan las vicisitudes respecto de la existencia de una relación de trabajo, el protagonismo de contratos de trabajo antes considerados "atípicos", la ampliación y fortalecimiento de causales de terminación por motivos económicos y tecnológicos y por motivos de inadaptación de los trabajadores, la preeminencia creciente de regímenes indemnizatorios substitutivos.

1. VICISITUDES RESPECTO DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO

En la actualidad no siempre es fácil determinar la existencia de una relación de trabajo. En parte esas dificultades derivan de la implantación de relaciones distintas de las laborales, mediante las cuales se pretende disfrazar y encubrir verdaderas relaciones de trabajo y así evitar la plena

(15) Ver: MARCENATO FRERS, Ricardo: *El trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas*. Lima, 2004.

(16) Lo referido a la terminación de la relación de trabajo y a las indemnizaciones debidas por tal concepto en Argentina es extensamente analizado en los Capítulos XV y XVI del Tomo IV (Relación individual de trabajo), del *Tratado de Derecho del Trabajo*, dirigido por Mario E. ACKERMANN coordinado por Diego M. TOSCA, Rubinzal-Culzoni, Editores, Buenos Aires, 2005, pp. 105 a 471.

vigencia de la legislación que las rige. También en parte dichas dificultades se generan por "la presencia de insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación", particularmente en los casos en que hay relaciones "objetivamente ambiguas"⁽¹⁷⁾.

Estos factores adquieren dimensiones y matices relevantes por efecto directo o indirecto de las transformaciones que experimentan la organización y naturaleza del sistema productivo y del trabajo, especialmente si se tiene presente los cambios tecnológicos y económicos y, como lo hemos vivido recientemente, las crisis financieras y recesiones económicas.

Mediante reformas legislativas –y también fácticamente– se han instalado variadas formas de contratación laboral "deslaboralizadas", esto es, reguladas por ordenamientos jurídicos distintos al laboral no obstante tratarse de reales y efectivas relaciones de trabajo. Ese deslizamiento hacia lo no laboral produce efectos aún más perniciosos cuando conduce a la existencia de relaciones totalmente desreguladas.

Como se expresa en el Informe de 1995 de la OIT sobre la relación de trabajo, "disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley o evadir impuestos o las obligaciones de la seguridad social (y además) sirve para ocultar la identidad del empleador"⁽¹⁸⁾.

Tal encubrimiento también puede consistir en atribuir a una relación de trabajo características y modalidades diferentes a las reales, por ejemplo en lo atinente al plazo de vigencia de la relación de trabajo⁽¹⁹⁾.

Por otra parte, tratándose de las llamadas relaciones "objetivamente ambiguas", en el Informe se evocan repercusiones resultantes de la pérdida de protagonismo de la relación de trabajo típica por el surgi-

(17) Ver: Oficina Internacional del Trabajo: *Informe V(1): La relación de trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, OIT, Ginebra, 2006.

(18) *Ibidem*, p. 14.

(19) *Loc. cit.*

miento y ampliación creciente de las relaciones atípicas⁽²⁰⁾. A la vez, se da particular importancia a lo concerniente a las relaciones triangulares de trabajo y las consiguientes incertezas respecto de materias tales como la identidad del empleador, la radicación y nivel de responsabilidad –solidaria o subsidiaria– de los correspondiente proveedores y usuarios, y de los posibles intermediarios, situaciones que se tornan más complejas tratándose de triangulaciones en cadena o red. Asimismo, en el Informe se evoca lo atinente a las modalidades comerciales que asume el sistema de franquicias. Adicionalmente, se menciona la situación del “trabajo económicamente dependientes”, en el que un trabajador formalmente independiente depende de los ingresos que obtiene “de unos pocos clientes o de uno solo”⁽²¹⁾.

Con distintos enfoques y matices, las legislaciones de los países iberoamericanos abordan estas materias, particularmente lo referido al concepto de relación de trabajo y sus sujetos, la aproximación al principio de “primacía de la realidad” y la prueba, las fronteras entre lo dependiente e independiente, la externalización y triangulación, y las funciones de fiscalización y control del cumplimiento de la legislación⁽²²⁾.

En Chile, el Código del Trabajo establece que para los efectos legales se entiende por empleador la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo; por trabajador toda persona natural que preste servicios intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo, y por trabajador independiente aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de trabajador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia⁽²³⁾. A la vez, en el penúltimo inciso de ese artículo se establece que, a los efectos de

(20) Tal fenómeno fue magistralmente expuesto por el Profesor Efrén CORDOVA, Relator del tema en el Décimo Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Caracas, 1985).

(21) Ver: Oficina Internacional del Trabajo: *Informe V(1): La relación de trabajo*. Op. cit., p. 13.

(22) *Ibidem*, pp. 19-54.

(23) Para los efectos previsionales el empleador se considera trabajador independiente.

la legislación laboral y de seguridad social, se entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada.

Por otra parte, define al contrato individual de trabajo como una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, este a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada. Además, establece la presunción de que toda prestación de servicios en los términos recién señalados hace presumir la existencia de un contrato de trabajo. A la vez, en el Código del Trabajo se dispone que no dan origen al contrato de trabajo: (i) los servicios prestados por personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público; (ii) los servicios que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio; (iii) los servicios que presta un alumno o egresado de una institución de educación superior o de la enseñanza media técnico-profesional durante un tiempo determinado, a fin de dar cumplimiento al requisito de práctica profesional⁽²⁴⁾.

También en el Código se dispone que sus normas solo se aplicarán a los trabajadores Independientes en los casos que expresamente se refieran a ellos.

De las normas recién evocadas se desprende que los factores dependencia y subordinación poseen diferentes calificaciones como elementos caracterizadores de la relación de trabajo. Mientras en la definición de contrato de trabajo esos factores constituyen requisitos copulativos para la existencia de ese contrato, y de la correspondiente relación de trabajo (subordinación y dependencia), no tienen tal carácter en las definiciones legales de trabajador y de empleador (subordinación o dependencia). La eliminación del carácter copulativo de ambos términos permitiría ampliar considerablemente el ámbito de aplicación de la relación de trabajo y de su amplia gama de efectos jurídico-laborales y de seguridad social.

(24) Pero la empresa en que realice dicha práctica le debe proporcionar colación y movilización o una asignación compensatoria de dicho beneficios, convenida anticipada y expresamente, lo que no constituirá remuneración para efecto legal alguno.

Al igual que en otros países, las complejidades que enfrenta a determinación de la existencia de una relación de trabajo pone de relieve la apropiada selección y utilización de elementos indiciarios. Aunque no se ha legislado acerca de ellos cabe recordar que los más corrientemente aludidos en la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo principalmente son: la continuidad o periodicidad de la prestación de servicios; el cumplimiento de horarios de trabajo y descanso; la entrega de materiales y equipo para realizar el trabajo; la supervigilancia directa o indirecta; las órdenes o instrucciones acerca de cómo y cuando realizar el trabajo; el sometimiento a procesos de selección o evaluación; la naturaleza coincidente de las labores encomendadas coincidentes la naturaleza de las actividades de la empresa; el uso obligatorio de uniformes o sellos, logos o emblemas distintivos de la empresa y, muy especialmente, la determinación de quien utiliza el trabajo realizado o se beneficia con él.

Los correspondientes dictámenes administrativos principalmente se han referido a categorías de trabajadores tales como promotoras de laboratorio; vendedores de fichas y cuidadores de parquímetros en vías y calles, generalmente a cargo de empresas concesionario de la Municipalidad pertinente; chóferes de locomoción colectiva urbana e interurbana; chóferes fletados de vehículos de carga; repartidores de correspondencia o propaganda; trabajadores que laboran para una comunidad de edificio (aseadores, nocheros, cuidadores, etc.), aún en el caso que sean ocasionales o de reemplazo; empaques "voluntarios" en supermercados; los que laboran para concesionarios de apuestas hípcas; los que laboran en clubes sociales o deportivos sin fines de lucro⁽²⁵⁾.

A su vez, en la jurisprudencia judicial destacan las sentencias en que se ha establecido que hay relación de trabajo –aunque no haya contrato de trabajo o, eventualmente se hayan extendido boletas por servicios independientes o celebrado contrato "a honorarios"– si se demuestra la existencia de alguno de los siguientes factores indiciarios: desempeño real como dependiente durante un tiempo determinado, con horario y remuneración; informes de rendiciones de cuentas presentadas al empleador y "signadas" por este; trabajo realizado en dependencias de la

(25) Como es el caso de los "caddies" en los clubes de golf.

empresa o utilizando la infraestructura de ella; uso de un vehículo de la empresa; pago de los gastos realizados "en terreno", previa rendición de gastos y aprobación por parte de la empresa; compromiso de exclusividad en la prestación de servicios; obligación de asistencia diaria; obligación de rendir cuenta de las actividades realizadas; recepción y obligación de cumplimiento de instrucciones; pago de de colación (alimentación), gratificación o estímulos anuales; emisión de boletas de honorarios correlativas; cúmulo de obligaciones establecidas en el contrato de un profesional liberal, que exceden a las propias de un profesional que presta servicios en determinados actos relacionados con su especialidad.

Vale destacar los siguiente tres extractos de sentencias referentes a la determinación de la relación de trabajo: (i) no es dable concebir la ejecución de funciones como contratar personal, supervigilar la actividad de varias tiendas, preparar vitrinas, recibir información de ventas, etc., si no media entre las partes una relación de subordinación y dependencia tanto más si la actividad del trabajador era permanente, aunque se realizara en varios locales. No obsta a lo anterior la circunstancia que el empleador pagara a la actora mediante boleta de servicios, pues esa fue solo una modalidad de pago impuesta por aquel, la que no puede por sí sola cambiar la naturaleza de una relación típicamente laboral; (ii) acreditada la efectividad de una prestación de servicios en las condiciones indicadas –convención, sujetos empleador y trabajador, obligaciones recíprocas de ejecución de funciones y pago de remuneración por ellas y existencia de vínculo de subordinación y dependencia– debe presumirse legalmente la existencia de un contrato de trabajo. Si un trabajador realizaba funciones para diversos empleadores durante un mismo horario de trabajo ello solo podría dar lugar a un reclamo por el no cumplimiento debido de las obligaciones contractuales, y (iii) acreditado que en la vinculación de las partes se dan los presupuestos de una relación laboral –pago de una suma mensual por los servicios, jornada de trabajo de 8 horas diarias de lunes a viernes, controles de entrada y salida, órdenes e instrucciones de los superiores del servicio– debe presumirse la existencia de un contrato de trabajo y negar valor al denominado convenio o pacto de honorarios entre dichas partes, considerada la irrenunciabilidad de las leyes laborales.

Por otra parte, creemos conveniente reseñar, siquiera someramente, la reciente legislación chilena en lo concerniente a la triangulación de la relación laboral contenida en la Ley 20.123, sobre el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios⁽²⁶⁾.

Se define al trabajo en régimen de subcontratación como el realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando este en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica⁽²⁷⁾.

La empresa principal es solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de los contratistas, incluidas las indemnizaciones debidas por ley al término de la relación laboral. En los mismos términos el contratista es solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de estos. Tal responsabilidad solidaria pasa a ser subsidiaria si la empresa principal –o el contratista o subcontratista en caso de haber “cadenas o redes de subcontratación”– oportunamente: (i) ejerce su derecho a ser informada por los contratistas acerca del cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales y estos lo acrediten legalmente, o (ii) si no ha mediado tal acreditación, retiene de los montos que deba pagarles lo necesario para cumplir las obligaciones pendientes y efectúa los pagos debidos a los trabajadores afectados y a las instituciones previsionales acreedoras.

En esta subcontratación la relación de trabajo existe entre el contratista o subcontratista y sus trabajadores. Paralelamente hay una relación no laboral (civil o comercial u otra) entre la empresa principal y la empresa contratista o subcontratista.

(26) La ley fue publicada en octubre de 2006 y entró en vigencia en enero de 2007.

(27) Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados o se limitan solo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan.

Por otra parte, la ley define a la empresa de servicios transitorios como toda aquella persona natural o jurídica, inscrita en el respectivo registro, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros (empresas usuarias), trabajadores para cumplir en las empresas usuarias tareas de carácter transitorio u ocasional, como, asimismo, la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos. Asimismo, la ley define a la usuaria como toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, si concurren las circunstancias previstas en la ley⁽²⁸⁾. A la vez, define al trabajador de servicios transitorios como aquel que ha convenido un contrato de trabajo de servicios transitorios con una empresa de servicios transitorios, para ser puesto a disposición de una o más usuarias.

La usuaria tiene la facultad de organizar y dirigir el trabajo dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a disposición por la empresa de servicios transitorios. A la vez, tiene responsabilidad subsidiaria respecto a las obligaciones laborales y previsionales que afecten a las correspondientes empresas de servicios transitorios.

Si el trabajador continua prestando servicios a la usuaria después de expirado el plazo de su contrato de trabajo de servicios transitorios, este se transforma en uno de plazo indefinido, pasando la usuaria a ser su em-

(28) Tales circunstancias habilitadoras son: (i) suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados; (ii) eventos extraordinarios tales como la organización de congresos, conferencias, exposiciones u otros de similar naturaleza; (iii) proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados; (iv) periodo de inicio de actividades en empresas nuevas; (v) aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria, o (vi) trabajos urgentes, precisos e impostergables que requieran una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones o servicios de la usuaria. Al mismo tiempo, la ley señala que no procede contratar la puesta a disposición de trabajadores transitorios en los siguientes casos: (i) para realizar tareas en las cuales se tenga la facultad de representar a la usuaria, tales como gerentes, subgerentes, agentes y apoderados; (ii) para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva, o (iii) para ceder trabajadores a otras empresas de servicios transitorios.

pleador y contándose la antigüedad del trabajador, para todos los efectos legales, desde la fecha del inicio de la prestación de servicios a la usuaria.

De lo expresado se puede concluir que en esta modalidad triangulada y externalizadora coexisten dos relaciones: una no laboral y cercana a la de arrendamiento intermediado de servicios (el contrato de puesta a disposición de trabajadores, y otra laboral –el contrato de trabajo de servicios transitorios– en la que la relación y el contrato de trabajo tienen matices muy peculiares.

Por otra parte, se debe recordar que en la 95ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (junio de 2006) se adoptó la Recomendación N° 198, sobre la relación de trabajo, como culminación de un proceso de adopción de normas internacionales iniciado en las reuniones de la Conferencia Internacional del Trabajo habidas en 1997 y 1998⁽²⁹⁾.

Al adoptarse dicha Recomendación se tuvo presente: (i) que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, y de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998, y el Programa de Trabajo Decente; (ii) las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legis-

(29) En esas oportunidades se examinó la adopción de un Convenio y una Recomendación acerca de “el trabajo en régimen de contratación”, lo que no prosperó. En cambio se adoptó una Resolución invitando al Consejo de Administración para incluir ese tema en una futura reunión y para dar instrucciones al Director General a fin de convocar a reuniones de expertos encargadas de analizar los asuntos determinados en tal Resolución. Culminada la realización esas reuniones y de numerosos estudios nacionales que incluyeron, entre otros, los efectuados en Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, México, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela, el Consejo de Administración inscribió el tema de la relación de trabajo para Discusión General en la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2003, para lo cual la Oficina elaboró un completo informe. Teniendo presente los resultados de dicha Discusión General, el Consejo de Administración decidió inscribir en el orden del día de la reunión de la Conferencia en 2006, el tema de la relación de trabajo.

lación, en su interpretación o en su aplicación; (iii) que las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad en general; (iv) que la incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo tiene que resolverse de modo que se garantice una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo de una manera conforme con la legislación o la práctica nacionales; (v) que hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho; (vi) que la política nacional debería promover el crecimiento económico, la creación de empleo y el trabajo decente; (vii) que la globalización de la economía ha incrementado la movilidad de los trabajadores que necesitan protección, como mínimo, contra la selección de la legislación aplicable con el fin de eludir la protección nacional, y (viii) que, en el marco de la prestación de servicios transnacionales, es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es el empleador. En sendos capítulos, la recomendación contiene normas atinentes a: (i) la formulación y aplicación de una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo; (ii) la determinación de la existencia de una relación de trabajo, y (iii) el seguimiento y aplicación. En el **Anexo 1** incluimos una visión resumida de su contenido.

2. PROTAGONISMO DE CONTRATOS DE TRABAJO ANTES CONSIDERADOS “ATÍPICOS”

Especial relevancia tienen las reformas que restan protagonismo a los contratos de duración indefinida (*Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela*), modificando peyorativamente la clásica presunción del carácter de indefinido del plazo de vigencia del contrato de trabajo (*Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela*) y favoreciendo, promoviendo y multiplicando modalidades de contratos por tiempo determinado (*Argentina, Brasil, Ecuador, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Venezuela*), a la vez que aumentando sus plazos

de vigencia (*Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela*).

Por otra parte, se ha recurrido a la creación de nuevas modalidades de contratación, como las de formación y aprendizaje (*Argentina, El Salvador, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela*), y se ha ampliado el plazo de duración de los períodos de prueba (*Argentina, Colombia, Panamá, Perú y Venezuela*).

Cabe también señalar que en *Brasil*—mediante la negociación colectiva—la empresa puede ser autorizada para celebrar contratos de trabajo de duración determinada; en *Ecuador* la legislación reformada regula los contratos eventuales, ocasionales, de temporada, de obra cierta y por tarea, y en cuanto a su duración se establece que los contratos de duración determinada tendrán una duración no menor a un año ni superior a dos años (no renovable), excepto si se trata de contratos: (i) temporales (que en total no excedan de 30 días en un año), (ii) por obra cierta que no sean habituales, (iii) contratos de temporada, (iv) contratos de servicio doméstico, (v) contratos de aprendizaje; (vi) contratos a prueba; (vii) contratos entre artesanos y sus operarios, y (viii) los demás contratos que determine la ley; que tendrán un año de duración como mínimo; en *Nicaragua* se modificó la regulación sobre contratos de tiempo determinado y se estableció como plazo de duración de los contratos el que convengan las partes, o el tiempo de duración de la obra o servicio, o de trabajos cíclicos o estacionales, salvo lo que se disponga en convenios o acuerdos colectivos; en *Perú* se establecieron los siguientes contratos temporales: (i) por inicio o lanzamiento de una nueva actividad (con un plazo máximo de dos años), (ii) por necesidades del mercado (con un plazo máximo de cinco años), y (iii) por reconversión empresarial (con un plazo máximo de dos años). A la vez se establecieron los siguientes contratos de naturaleza accidental: (i) ocasionales (con un plazo máximo de seis meses), (ii) de suplencia, y (iii) de emergencia (ambos con la duración que sea necesaria). A ellos se sumaron tres modalidades de contrato de obra o servicio: (i) de obra determinada o servicio específico, (ii) intermitente, y (iii) de temporada. A estas formas contractuales se agregaron los contratos: (i) del régimen de exportación de productos no tradicionales; (ii) de zonas francas, y (iii) "cualquier otro contrato cuya causa de contratación sea temporal" (en esas tres modalidades la duración del contrato "será la que

resulte necesaria"), en *República Dominicana* se mantuvo la regulación de los contratos por cierto tiempo y para una obra o servicios determinados si en tal contratación concurre alguno de los siguientes tres requisitos: (i) que sea conforme a la naturaleza del servicio que se va a prestar, (ii) que consista en la substitución temporal de un trabajador, o (iii) que convenga a los intereses del trabajador. La duración de los contratos es determinada por la naturaleza de la labor convenida.

La tendencia es inversa en *Argentina*, país en que se reemplazó la legislación sobre "las modalidades promovidas recontrato de trabajo" y reguló lo concerniente al contrato de trabajo de aprendizaje y al régimen de pasantías, y en *Venezuela*, en donde el contrato por tiempo determinado solo puede celebrarse si así lo exige la naturaleza del servicio, o cuando tenga por objeto substituir lícita y provisionalmente a un trabajador, o cuando se trate de trabajadores venezolanos que prestarán servicios en el extranjero. Los contratos por obra determinada terminan con la conclusión del trabajo y los de duración determinada no pueden exceder de un año (obreros) o tres años (empleados).

3. AMPLIACIÓN Y FORTALECIMIENTO DE CAUSALES DE TERMINACIÓN POR MOTIVOS ECONÓMICOS Y TECNOLÓGICOS Y POR MOTIVOS DE INADECUACIÓN DE LOS TRABAJADORES⁽³⁰⁾

En *Chile* la legislación precedente estableció como causales adicionales de terminación "las que sean determinadas por las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Mediante la Ley 19.010, de 1991, se acotó el contenido de esa causal señalando que el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la falta de adecuación técnica del trabajador. A su vez, esta última condición (falta de adecuación técnica del trabajador)

(30) Lo concerniente a la terminación por razones tecnológicas en México es analizado por Néstor DE BUEN LOZANO: *La extinción de la relación laboral*. Op. cit., pp. 156-158.

fue derogada mediante la Ley 19.759, de 2001. En *Panamá* se atribuye la condición de causa disciplinaria a la falta notoria del rendimiento, calificada de acuerdo con sistemas y reglamentos concretos de evaluación técnica y profesional, previamente aprobados por el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social o acordados en una convención colectiva.

Además, como causas no imputables se incluyen la inhabilidad originaria o la ineficiencia manifiesta del trabajador que haga imposible el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato; la incapacidad mental o física del trabajador que haga imposible la prestación del servicio, debidamente comprobada, y pérdida de la idoneidad exigida por la ley para el ejercicio de la profesión que haga imposible el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato. En *Paraguay* se autoriza la terminación en caso de inhabilidad o incompetencia manifiesta, así como en presencia del engaño por parte del trabajador sobre su capacidad o aptitudes profesionales. En *Perú*, la terminación de la relación de trabajo se puede fundamentar en: (i) la disminución deliberada y reiterada de rendimiento, o de la calidad o cantidad de la producción; (ii) el detrimento de la facultad física o mental o ineptitud sobrevenida; (iii) el rendimiento deficiente, y (iii) la inhabilitación del trabajador. En *República Dominicana* la terminación de la relación de trabajo puede basarse en: (i) haber inducido al empleador en error, pretendiendo tener condiciones o conocimientos indispensables que no posee o prestándole referencias o certificados cuya falsedad se compruebe luego, o (ii) la incapacidad, ineficacia o falta de dedicación en las labores.

Adicionalmente a los casos ya mencionados, la normativa reguladora de los despidos colectivos se refiere principalmente a los que obedecen a causas económicas o tecnológicas. Así, en *Argentina* se prevé un procedimiento preventivo de crisis con carácter previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, crisis económicas o tecnológicas que afecten a más del 15% en empresas de menos de 400 trabajadores; a más del 10% en empresas de entre 400 y 1.000 trabajadores, y a más de 5% en empresas de más de 1.000 trabajadores. En *Nicaragua* el contrato individual o relación de trabajo termina, entre otras causas: (i) por cesación definitiva de la industria comercio o servicio basada en motivos económicos legalmente fundamentados y debidamente comprobados por el Ministerio del Trabajo; (ii) por resolución judicial firme

cuya consecuencia sea la desaparición definitiva de la empresa, y (iii) por fuerza mayor o caso fortuito cuando traigan como consecuencia precisa el cierre de la empresa (artículo 41 del Código de Trabajo). En *Panamá* son causas justificadas de naturaleza económica: (i) el concurso o la quiebra del empleador; (ii) la clausura de la empresa o la reducción definitiva de los trabajos, debido a la incosteabilidad notoria y manifiesta de la explotación o agotamiento de la materia objeto de la actividad extractiva, y (iii) la suspensión definitiva de las labores inherentes al contrato o la disminución comprobada de las actividades del empleador, debidas a crisis económicas graves incosteabilidad parcial de las operaciones por razón de disminución de la producción, o por innovaciones en los procedimientos y equipos de fabricación, o revocación o caducidad de una concesión administrativa, cancelación de pedidos u órdenes de compra o las ventas, u otra causa análoga debidamente comprobada por la autoridad competente. En *Perú* son causas objetivas de extinción, entre otras, las derivadas de motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, si afectan, cuando menos, al 10% del personal. En *República Dominicana* la relación de trabajo, entre otras causas, termina (i) por agotamiento de la materia prima objeto de una industria extractiva, y (ii) por quiebra de la empresa, siempre que cese totalmente la explotación del negocio o por su cierre o reducción definitiva de su personal, resultantes de falta de elementos para continuar la explotación, incosteabilidad de la misma u otra causa análoga.

En relación con el despido colectivo, en *Argentina*, *Colombia*, *Paraguay*, *Perú*, *República Dominicana* y *Venezuela*, se establecen procedimientos especiales en el Ministerio de Trabajo, con participación de las correspondientes organizaciones sindicales y la promoción de negociaciones entre las partes involucradas. En *Argentina* el acuerdo logrado debe ser homologado por el Ministerio de Trabajo, y si no existe acuerdo, se da por concluido "el procedimiento de crisis". En *Perú*, la conciliación tiene lugar ante el Ministerio de Trabajo, si ella no se produce corresponde al Ministerio emitir la resolución que estime conveniente. Si no hay resolución en el término de cinco días se entiende aprobado el cese. En *Venezuela* el empleador debe contar con la aprobación de los trabajadores; si ello no ocurre, el asunto es sometido a un arbitraje. El Ministerio de Trabajo podrá suspender el procedimiento si objeta la causal de cese.

4. PREEMINENCIA CRECIENTE DE REGÍMENES INDEMNIZATORIOS SUBSTITUTIVOS⁽³¹⁾

Las reformas habidas en *Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela*—con distintos matices, valores referenciales, condicionamientos y procedimientos—ponen de manifiesto una creciente preferencia por substituir la reincorporación al empleo por el pago de indemnizaciones, algunas de ellas pagables “a todo evento”, esto es, cualquiera sea la causa de terminación del contrato.

En *Argentina*, tratándose de despidos sin justa causa—habiendo o no mediado preaviso—la indemnización será de un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor. La indemnización no puede exceder del límite de tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad⁽³²⁾. En *Panamá*, si el contrato de duración indeterminada termina por despido injustificado o sin la autorización previa exigida por la legislación, y el trabajador opte por la indemnización, esta se sujeta a una gradualidad diferente según se trate de servicios anteriores al 2 de abril de 1972 o posteriores a esa fecha⁽³³⁾. Respecto a las relaciones de

(31) Lo concerniente al sistema indemnizatorio existente en Brasil (Sistema del Fondo de Garantía - FGTS) es analizado por Wagner GIGLIO: *La extinción de la relación laboral*. Op. cit., pp. 33-49.

(32) En el caso de trabajadores excluidos del convenio colectivo, el límite será el determinado en el convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, si hay dos o más. Tratándose de trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, se aplicará el que fuere más favorable. El monto de la indemnización no podrá ser inferior a un mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en la Ley 25877.

(33) Para servicios iniciados antes del 2 de abril de 1972 la escala es la siguiente: si el tiempo de servicios fuere menor de un año, el monto de la indemnización corresponde al salario de una semana por cada tres meses de trabajo y, en ningún caso, la indemnización será inferior a una semana de salario. Si esos servicios comprenden uno a dos años de trabajo,

trabajo iniciadas con posterioridad a la reforma del Código de Trabajo, la indemnización es equivalente a 3.4 semanas de salario por cada año laborado en los diez primeros años. Por cada año posterior a ese plazo la indemnización equivaldrá a una semana de salario por cada año. En *Venezuela* si la terminación es sin justa causa, la indemnización equivale a diez días de salario si la antigüedad es de tres a seis meses. Tal indemnización se incrementa en 30 días de salarios por cada año de antigüedad, con un monto máximo del equivalente a ciento cincuenta días de salario. Si la terminación sin justa causa afecta a un contrato de duración determinada, la indemnización de daños y perjuicios equivale al salario que se devengaría hasta la conclusión de la obra o el vencimiento del plazo. En el Anexo 2 presentamos una visión del sistema indemnizatorio vigente en *Chile*.

TERCERA PARTE

PRINCIPALES CAMBIOS LEGISLATIVOS ATINENTES A LAS CAUSAS DISCIPLINARIAS DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO⁽³⁴⁾

Desde la década de los años 90 en las legislaciones de *Chile, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela* ha habido reformas referidas a la terminación de la relación por decisión unilateral del

la indemnización equivale a una semana de salario por cada dos meses de trabajo. Si comprenden de dos a cinco años de trabajo, la indemnización es de tres meses de salario. Si comprende de cinco a diez años de trabajo, la indemnización es de cuatro meses de salario. Si comprende de diez a quince años de trabajo, la indemnización es de cinco meses de salario. Si comprende de quince a veinte años de trabajo, la indemnización es de seis meses de salario. Y si comprende más de veinte años de trabajo, la indemnización es de siete meses de salario. A su vez, tratándose de servicios posteriores al 2 de abril de 1972 la tabla de indemnizaciones es: (i) menos de un año, una semana de salario por cada tres meses de trabajo, en todo caso la indemnización no será inferior a una semana de salario; (ii) de uno a dos años de trabajo, una semana de salarios por cada dos meses de trabajo; (iii) de dos a diez años de trabajo, el salario de tres semanas adicionales por cada año.

(34) Lo concerniente al despido disciplinario en España es analizado por Alfredo MONTROYA MELGAR: *La extinción de la relación laboral*. Op. cit., pp. 85-97.

empleador fundada en causales disciplinarias⁽³⁵⁾. Entre ellas destacamos lo ocurrido en *Chile, Nicaragua, Perú y Venezuela*.

En *Chile* la legislación de 1924 estableció la libre terminación del contrato de trabajo. En el Código del Trabajo de mayo de 1931 se incluyó a la voluntad de cualquiera de las partes como una de las causales de terminación del contrato de trabajo. Ese libre despido fue derogado por la Ley 16.455, al establecer que el empleador no podrá poner término al contrato de trabajo sino por la concurrencia de alguna de las causas justificadas señaladas en la ley, entre ellas las referidas a la conducta del trabajador⁽³⁶⁾. Producido el Golpe del Estado del 11 de septiembre de 1973, se dictó el Decreto Ley 32 (4 de octubre de 1973), que introdujo las siguientes nuevas causas disciplinarias adicionales: (i) "comisión de actos ilícitos que hayan impedido o impidan al trabajador concurrir a su trabajo o cumplir con sus obligaciones laborales"; (ii) "atentados contra los bienes situados en las empresas"; (iii) "todo acto que haya destruido o destruya materiales, instrumentos de trabajo o mercaderías, o disminuido o disminuya su valor o causen su deterioro"; (iv) "haber dirigido o dirigir la interrupción o paralización ilegales de actividades, totales o parciales, en las empresas o en los lugares de trabajo, o en la retención indebida de personas o bienes"; (v) "haber incitado a destruir, inutilizar, interrumpir, o haber participado en hechos que hayan dañado o dañen instalaciones públicas o privadas", y (vi) "haber participado o participar en la introducción al país, fabricación, almacenamiento, transporte o entrega, al título que sea, de cualquier tipo de armas, sin la autorización correspondiente". Con algunas modificaciones de redacción, esas causales fueron incorporadas al Decreto Ley 2.200, de 1978, que reemplazó las normas existentes del Código del Trabajo en lo concerniente al contra-

(35) Tal declaración de voluntad, como señala AMÉRICO PLÁ, debe ser "seria, inequívoca y precisa, apreciadas todas estas condiciones con un criterio de razonabilidad". En: *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Iberoamericana*. Op. cit., p. 347. En la misma obra colectiva, Rafael ALBURQUERQUE puntualiza que la falta invocada debe efectivamente existir, encontrarse incorporada en el Código del Trabajo, ser grave e inexcusable (ídem, p. 307).

(36) Se mantuvo el libre despido en el caso de los gerentes, agentes, apoderados o empleados de exclusiva confianza; los empleados del hogar y los trabajadores con menos de seis meses de antigüedad.

to de trabajo y la protección de los obreros y empleados en el trabajo, normas que fueron incorporadas con algunas modificaciones solamente formales en el Código del Trabajo de 1987. Estas regulaciones normativas del despido disciplinario fueron derogadas por la Ley 19.010, de 1991.

En *Nicaragua* la legislación vigente ha disminuido el número de causas disciplinarias y, además, ha precisado el nivel de gravedad requerido para que hechos imputables al trabajador sean invocados para dar término a la relación de trabajo. Las causales establecidas son: (i) la falta grave de probidad o contra la vida e integridad física del empleador o de los compañeros de trabajo; (ii) la expresión injuriosa o calumniosa contra el empleador que produzca desprestigio o daños económicos a la empresa, y (iii) cualquier violación de las obligaciones que le imponga el contrato individual o reglamento interno, que hayan causado graves daños a la empresa.

En *Paraguay* se modificó lo referente a: (i) el engaño en la contratación circunscribiéndolo al efectuado por el trabajador acerca de su capacidad, conducta moral o aptitudes profesionales y (ii) la causal referida a la condena privativa de libertad, al agregarle la condición de ser "de cumplimiento efectivo". Por otra parte, se agregó la siguiente causal: "actos de acoso sexual consistentes en amenaza, presión, hostigamiento, chantaje, manoseo con propósitos sexuales hacia un trabajador de uno u otro sexo por parte de los representantes del empleador, jefes de la empresa, oficina o taller o cualquier otro superior jerárquico".

En *Perú*, la falta grave es causa de despido relacionada con la conducta del trabajador, entendiéndose por "falta grave": (i) el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, reiterada paralización intempestiva de labores e inobservancia del reglamento interno o del reglamento de seguridad e higiene industrial; (ii) la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento en las labores o del volumen o de la calidad de producción; (iii) la apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador, o que se encuentren bajo su custodias, así como la retención o utilización indebidas de los mismos en beneficio propio o de terceros; (iv) el uso o entrega a terceros de

información reservada, la sustracción o utilización de documentos y la competencia desleal; (v) la concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando revista excepcional gravedad; (vi) los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores; (vii) el daño intencional en los bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta; (viii) el abandono de trabajo por más de tres días consecutivos o ausencias injustificadas por más de cinco en un período de treinta días calendario, o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, y (ix) la impuntualidad reiterada si ha sido acusada por el empleador.

En *Venezuela* son causas disciplinarias: (i) la falta de probidad o conducta inmoral en el trabajo; (ii) las vías de hecho, salvo en legítima defensa; (iii) la injuria o falta grave al respeto y consideración debidos al patrono, a sus representantes o a los miembros de su familia que vivan con él; (iv) el hecho intencional o negligencia grave que afecte a la seguridad o higiene del trabajo; (v) omisiones o imprudencias que afecten gravemente a la seguridad o higiene del trabajo; (vi) la inasistencia injustificada al trabajo durante tres días hábiles en el período de un mes; (vii) el perjuicio material causado intencionalmente o con negligencia grave en las pertenencias de la empresa; (viii) la revelación de secretos de manufactura, fabricación o procedimiento; (ix) la falta grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo, y (x) el abandono del trabajo.

ANEXO 1

VISIÓN RESUMIDA DE LA RECOMENDACIÓN 198 DE LA OIT, SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO (2006)

En atinente a la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, se propone que ella debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a: (i) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orien-

tación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes; (ii) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho; (iii) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho; asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén; (iv) proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo; (v) los miembros deberían velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades. En especial los miembros deberían por que en la política nacional se aborde la cuestión de la dimensión de género; (vi) todo miembro debería, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en colaboración con otros miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio, que puedan verse afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, y cuando los trabajadores son

contratados en un país para trabajar en otro, los miembros interesados pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto de prevenir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo, y (viii) la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho.

En cuanto a la determinación de la existencia de una relación de trabajo, en la Recomendación se establece que la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.

Para posibilitar esa determinación los miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo.

A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los miembros deberían considerar la posibilidad de: (i) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo; (ii) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y (iii) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

Por otra parte, los miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

También los miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan

determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: (i) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (ii) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

A las disposiciones recién mencionadas se suman las siguientes: (i) la solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales, y (ii) la autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales; por lo que se refiere a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento. Debería prestarse especial atención a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras. En el marco de la política nacional, los miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones

de trabajo encubiertas. Asimismo, deberían promover el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional.

ANEXO 2

CHILE: RÉGIMENES INDEMNIZATORIOS REGULADOS EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO

1. INDEMNIZACIÓN SUBSTITUTIVA DEL AVISO PREVIO A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Tratándose de las causales del artículo 161 (necesidades de la empresa y desahucio), el aviso de terminación dado por el empleador al trabajador –con copia a la Inspección de Trabajo respectiva– no requiere ser dado con a lo menos treinta días de anticipación cuando el empleador pagare al trabajador una indemnización en dinero efectivo substitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada.

2. INDEMNIZACIÓN CONVENCIONAL O LEGAL POR AÑOS DE SERVICIOS (ARTÍCULO 163)

Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término basado en las causales del artículo 161, deberá pagar al trabajador, al momento de la terminación, la indemnización por años de servicios que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que esta fuere de un monto superior al legal. A falta de esa estipulación o cuando ella es de un monto inferior al legal, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. La indemnización tendrá un límite máximo de 330 días de remuneración y es compatible con la substitutiva del aviso previo que corresponda al trabajador.

3. INDEMNIZACIÓN PARA LOS TRABAJADORES DE CASA PARTICULAR

A estos trabajadores se aplica un régimen especial consistente en el pago de una indemnización “a todo evento” –esto es, cualquiera sea la causal invocada– para cuyo financiamiento el empleador debe aportar el 4.11% de la remuneración mensual imponible, hasta el 11° año de iniciada la relación de trabajo, la que se registrará, en cuanto corresponda, por lo dispuesto en los artículos 165 y 166 del Código respecto al procedimiento para efectuar los aportes del empleador en el caso de pactarse indemnizaciones a todo evento. El monto de la indemnización quedará determinado por los aportes efectuados y la rentabilidad que se haya obtenido de ellos.

4. INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIOS “A TODO EVENTO”

En los artículos 164 al 167 se regula lo concerniente a la indemnización por años de servicios “a todo evento”, pactada entre las partes para substituir la indemnización por años de servicio establecida en el artículo 163. Tal pacto debe constar por escrito y puede ser convenido entre las partes a partir del inicio del séptimo año de la relación laboral.

La indemnización presenta las siguientes características: (a) es una indemnización a todo evento, esto es, pagadera con motivo de la terminación del contrato de trabajo cualquiera que sea la causal invocada; (b) solo cubre el lapso posterior a los primeros 6 años de servicios, hasta el término del undécimo año de la relación laboral; (c) el aporte no puede ser inferior al 4.11% de la remuneración mensual imponible que devengue el trabajador a partir de la fecha del acuerdo, y (d) tal porcentaje se aplica hasta una remuneración máxima de 90 UF (la Unidad de Fomento es un valor de referencia variable que equivale a US\$ 37, aproximadamente).

El aporte del 4.11% es de cargo del empleador, quien debe depositarlo mensualmente en la AFP (Administradora de Fondos de Pensiones) en la que se encuentre afiliado el trabajador, a una cuenta de ahorro especial que abrirá la AFP a cada trabajador, sujeta a las normas del Decreto Ley 3.500 (de 1980), con las siguientes excepciones: (a) esos

fondos solo podrán ser girados una vez que el trabajador acredite que ha dejado de prestar servicios en la empresa de que se trate; (b) esos fondos solo podrán ser embargados una vez terminado el contrato de trabajo, en los casos previstos en lo que excedan de 56 UF, a menos que se trate de pensiones alimenticias debidas por ley y decretadas judicialmente, de defraudaciones, hurto o robo cometidos por el trabajador en contra del empleador en el ejercicio de su cargo, o de remuneraciones adeudadas por el trabajador a personas que hay estado a su servicio en calidad de trabajador, caso en el que se podrá embargar hasta el 50%); (c) en caso de muerte del trabajador los fondos serán pagados a la persona que se haya hecho cargo de los funerales hasta la concurrencia del costo de los mismos, y el resto a la cónyuge, hijos legítimos o naturales o a los padres legítimos o naturales del fallecido, unos a falta de otros, en el orden señalado, bastando acreditar el estado civil respectivo, y el saldo incrementará la masa de bienes de la herencia; (d) los aportes que debe efectuar el empleador tendrán el carácter de cotizaciones previsionales para los efectos de su cobro, aplicándose las normas pertinentes del Decreto Ley 3.500; (v) los referidos aportes no constituirán renta para efectos tributarios, en lo que no excedan un 8.33% de la remuneración mensual imponible del trabajador y la rentabilidad que se obtenga de ellos. El retiro de esos aportes no estará afecto a impuestos; (e) en caso de incapacidad temporal del trabajador, el empleador deberá efectuar los aportes sobre el monto de los subsidios que reciba el trabajador; (f) la AFP podrá cobrar una comisión porcentual, de carácter uniforme, sobre los depósitos que se efectúen en esas cuentas, y (g) si el trabajador no está afecto a las normas del Decreto Ley 3.500, se debe afiliar a una AFP para el solo efecto del cobro y administración de los aportes ya mencionados.

El pacto sobre indemnización a todo evento puede cubrir períodos anteriores a su fecha, si no afecta la indemnización legal correspondiente a los primeros seis años de servicio, conforme al artículo 163. Tal cobertura retroactiva debe ceñirse a las siguientes regulaciones especiales: (a) el empleador debe efectuar un aporte del 4.11% de la última remuneración mensual imponible por cada mes de servicio que se haya considerado en el pacto. El aporte se calculará hasta por una remuneración máxima de

90 UF y debe efectuarse de una vez, conjuntamente con las cotizaciones correspondientes a las remuneraciones devengadas en el primer mes de vigencia del pacto, y (b) se puede suscribir más de un pacto hasta cubrir la totalidad del período que exceda de los primeros 6 años de servicio.

5. INDEMNIZACIONES SANCIONADORAS ADICIONALES

A. Sanciones por despido injustificado, injusto o improcedente

En el artículo 168 se establece que si el trabajador cuyo contrato de trabajo ha terminado por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161 considera que dicha aplicación es injustificada, injusta o improcedente, o que no se ha invocado causal alguna, podrá recurrir al juzgado competente a fin de que este así lo declare, dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde la separación. Dicho plazo se suspende si dentro de este el trabajador interpone un reclamo ante la respectiva Inspección del Trabajo, pero en caso alguno podrá recurrirse al Tribunal transcurridos 90 días hábiles desde la separación del trabajador.

Si el juez acoge la demanda del trabajador ordenará el pago de la indemnización sustitutiva del preaviso y de la indemnización convencional o la legal de 30 días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a 6 meses, aumentada esta última de acuerdo con las siguientes reglas: (a) en 30% si se trata de la aplicación improcedente del artículo 161; (b) en 50% si se trata de aplicación injustificada de las causales del artículo 159 o no se hubiere invocado alguna causal para terminar el contrato de trabajo, o (c) en 80% si se trata de aplicación indebida de las causales del artículo 160.

B. Sanciones por despido carente de motivo plausible

Si el empleador hubiese invocado las causales señaladas en los numerales 1, 5 o 6 del artículo 160 (algunas de las conductas indebidas de carácter grave debidamente comprobadas señaladas en esa norma; actos, las omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los

trabajadores, o a la salud de estos; o el perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías), y el despido además fuere declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, se incrementará en 100%.

C. Sanciones por no acreditación de las causales invocadas

Si el juez establece que la aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada, se entiende que el término del contrato se ha producido por algunas de las causales señaladas en el artículo 161, en la fecha en que se invocó la causal, y habrá derecho a los incrementos legales mencionados en los literales A y B precedentes.

D. Sanciones por despido debido a invalidez total o parcial

Si el trabajador que fuere separado de sus funciones por motivo de invalidez total o parcial, tendrá derecho a la indemnización por años de servicio establecida en el artículo 163, con el incremento del 50%.

6. NORMAS REGULADORAS DEL PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES

En los artículos 169, 170, 175 y 176 se establecen las normas reguladoras del pago de las indemnizaciones que se mencionan a continuación.

A. Terminación del contrato de trabajo por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio

Si el contrato de trabajo terminare por aplicación de la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio se observarán las siguientes reglas: (a) la comunicación prevista en el artículo 162 supondrá una oferta irrevocable de pago de la indemnización por años de servicios y de la substitutiva de aviso previo; (b) el empleador estará obligado a pagar las indemnizaciones en un solo acto al extender el finiquito; (c) si

las partes acuerdan fraccionar el pago de esas indemnizaciones, las cuotas deberán consignar los respectivos intereses y reajustes del período. Dicho pacto deberá ser ratificado ante la Inspección del Trabajo. El simple incumplimiento del pacto hará inmediatamente exigible el total de la deuda y se aplicará una multa administrativa; (d) si esas indemnizaciones no se pagaren al trabajador este puede recurrir al Tribunal para que se ordene y cumpla el pago de lo adeudado, pudiendo el Juez incrementarlas en un 150%, y (e) si el trabajador estima que la aplicación de la causal de necesidades de la empresa es improcedente, y no ha hecho aceptación con las formalidades ya mencionadas, podrá recurrir al tribunal competente dentro del plazo de 60 días hábiles contado desde la separación. Si el Tribunal rechazare la reclamación del trabajador, este solo tendrá derecho a la indemnización substitutiva del aviso previo y a la indemnización convencional o legal por años de servicio –según corresponda– con el reajuste correspondiente a la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor entre el mes anterior al mes en que se puso término al contrato y el mes que antecede a aquel en que se efectúa el pago, sin intereses.

B. Terminación del contrato de trabajo por desahucio

En el artículo 170 se dispone que los trabajadores cuyos contratos terminen en virtud de un desahucio que tengan derecho a la indemnización convencional o legal por años de servicios, pueden instar por su pago y por la del aviso previo, si fuere el caso, dentro de los 60 días hábiles contados desde la fecha de la separación, si no se les ha pagado las indemnizaciones por años de servicios y la substitutiva del aviso previo. En tal caso el juez puede incrementar esas indemnizaciones en 150%.

C. Pago de la indemnización convencional substitutiva

Si se ha pactado la indemnización por años de servicio a todo evento, las demás indemnizaciones previstas en el Código del Trabajo se limitarán a aquella parte correspondiente al período que no haya sido objeto de la estipulación.

D. Denuncias por acoso sexual

En el caso de las denuncias de acoso sexual, el empleador que haya cumplido con las obligaciones que le impone la ley respecto de su prevención y sanción no estará afecto al recargo de la indemnización a que hubiere lugar, en el caso de que el despido sea declarado injusto, indebido o improcedente.

7. NORMAS VARIAS

A. Incompatibilidad

La indemnización legal o convencional es incompatible con toda otra indemnización que por concepto de término del contrato o de los años de servicios pudiere corresponder al trabajador, cualquiera sea su origen, y a cuyo pago concurra el empleador total o parcialmente en la parte que es de cargo del trabajador, con excepción de las indemnizaciones substitutivas y sancionadoras.

B. Concepto de "última remuneración mensual imponible"

Para los efectos del pago de las indemnizaciones a que se refieren los artículos 168, 169, 170 y 171, la última remuneración mensual comprende toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social a cargo del trabajador y las regalías o especies valuadas en dinero, con exclusión de la asignación familiar legal, pagos por sobretiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad. Si la remuneración es variable, la indemnización se calculará sobre la base del promedio percibido por el trabajador en los últimos tres meses calendario. En todo caso no se considerará una remuneración superior al valor de 90 UF correspondientes al monto de ellas en el último día del mes anterior al pago.

C. La reajustabilidad e intereses aplicables a los montos adeudados

Las indemnizaciones recién mencionadas se reajustarán conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadística, entre el mes anterior a aquél en que se puso término al contrato y el que antecede a aquél en que se efectúe el pago. Desde el término del contrato, la indemnización así reajustada devengará también el máximo interés permitido para operaciones reajustables.

D. Aplicabilidad de la Ley sobre Impuesto a la Renta

Se dispone que para ningún efecto tributario constituirán renta las indemnizaciones establecidas por ley, contratos colectivos o convenios colectivos que complementen, modifiquen o reemplacen estipulaciones de contratos colectivos de trabajo.

ESTABILIDAD LABORAL. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

JORGE RODRÍGUEZ MANCINI

1. Como lo enuncia el subtítulo precedente, este trabajo pretende sintetizar cuál es el estado del tema de la estabilidad en el contrato de trabajo en la República Argentina. Se trata de una síntesis que se apoya, básicamente, en la jurisprudencia del más alto tribunal de justicia que tiene como competencia especial la de establecer la interpretación de las normas constitucionales, incluyendo en ese rubro aquellas contenidas en los tratados, convenios, pactos internacionales que integran desde la reforma constitucional de 1994, el orden jurídico-legal interno. Aclaremos al respecto que en este último sentido, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por el país, actúan en un nivel infra-constitucional pero supralegal. Los tratados conocidos como de "derechos humanos" (que están enumerados taxativamente en la disposición del artículo 75, inciso 22 de la Carta Fundamental), poseen nivel constitucional, integrando la letra de la Constitución Nacional.

Con base en tales antecedentes señalamos que el tema de la estabilidad laboral se encuentra tratado de manera expresa en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional que al respecto establece que "las leyes [...] asegurarán [...] protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público".

Según esto, en nuestro país rigen las leyes que regulan la estabilidad en forma relativa o impropia para los trabajadores del sector privado – centralmente la denominada Ley de Contrato de Trabajo– y la estabilidad absoluta para los empleados públicos (Régimen Jurídico Básico para la Función Pública, Ley 22.140).

Dicha distinción se halla solamente alterada por las disposiciones de protección de la acción gremial según las cuales los representantes sindicales pertenecientes a asociaciones que gocen de la denominada “personería gremial” –expresión utilizada para identificar aquellas asociaciones que han obtenido el reconocimiento de más representativas de cada sector de actividad, oficio, categoría o profesión– tienen asegurada la estabilidad en sus empleos y no pueden ser despedidos por sus empleadores si no media una sentencia judicial que así lo autorice (cfr. artículos 48 y siguientes de la Ley 23.551, de organización sindical).

2. El tema de la estabilidad en el empleo público ha sido examinado por la Corte Suprema en distintas oportunidades, debiendo destacarse que su último fallo sobre el asunto ha dado una directiva clara acerca de la extensión y significado de la garantía constitucional antes transcrita, de modo que ninguna ley, y mucho menos un convenio colectivo, puede excluir a ningún sector de la administración pública nacional, ni provincial ni municipal, del régimen de estabilidad absoluta (fallo “Madorrán, María c/ Administración Nacional de Aduanas” del 3 de mayo de 2007).

3. En lo que respecta al sector privado, no se registran fallos que alteren el principio mencionado por el cual solo se admite una protección contra el despido arbitrario que consiste en imponer una indemnización a cargo del empleador que disuelve el contrato injustificadamente. Se verá enseguida el fundamento de esta afirmación.

4. La reseña que a continuación se desarrolla, sobre la base de cuatro fallos de la Corte Suprema de Justicia emitidos en distintas épocas y con distintas integraciones del Tribunal, sirve para conocer cuál es la línea jurisprudencial relativa a esta situación de distinto tratamiento de cada sector de relaciones laborales. En el comentario que se efectúa a esos antecedentes judiciales, se podrá observar que existen cuestionamientos doctrinarios –y aún de niveles jurisprudenciales inferiores al de

la Corte Suprema– que rechazan dicha diferenciación señalando que algunas situaciones especiales de rupturas de los contratos por parte del empleador –particularmente cuando está en juego la violación de un derecho fundamental en el sentido de la doctrina de la Organización Internacional del Trabajo– deben ser sancionadas con la nulidad del despido, imponiéndose así el principio de estabilidad absoluta para esos casos. Básicamente se trata de los despidos discriminatorios por causas de orden político, gremial y de sexo.

5. Debido a que el tema de la estabilidad en el empleo público ha quedado suficientemente esclarecido en el fallo mencionado y no se registran críticas sobre el particular, centraremos el análisis de esta reseña en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno a la otra área que presenta un asunto trascendente para el sistema jurídico-legal laboral: *la estabilidad en el empleo dentro del ámbito de las relaciones laborales del sector privado*.

Pues bien, a partir de este encuadramiento conceptual me propongo examinar y comentar cuatro fallos de la Corte Suprema que han encarado el punto en épocas distintas y con integraciones diferentes.

Los fallos son en orden de antigüedad:

Primero: “De Luca, José E c/ Banco Francés del Río de la Plata” del 25 de febrero de 1969 suscripto por los Jueces Eduardo A. Ortiz Basualdo, Roberto F. Chute, Mario Aurelio Risolía, Luis Carlos Cabral y José F. Bidau⁽¹⁾.

Segundo: “Figuroa, Oscar F. c/ Loma Negra S.A.” del 4 de setiembre de 1984, con la firma de los ministros Germán R. Carrió, Carlos S. Fayt y Augusto C. J. Belluscio⁽²⁾.

Tercero: “Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c/ SOMISA” del 26 de diciembre de 1991, firmado por los Jueces Mariano A. Cavagna Martínez, Augusto C. Belluscio, Enrique S. Petracchi, Rodolfo C. Barra, Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano, con la disidencia de Carlos S. Fayt⁽³⁾.

(1) DT 1969, p. 159.

(2) DT 1984-B, p. 1809.

(3) TySS 1992, p. 303.

Cuarto: "Madorrán, María C. c/ Administración Nacional de Aduanas" del 3 de mayo de 2007, con la firma de los Jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Aribay, por unanimidad con distintos fundamentos⁽⁴⁾.

Con respecto al primer fallo, es decir, el caso "De Luca", el pronunciamiento⁽⁵⁾ fue suficientemente definitorio acerca de los alcances que deben atribuirse a la cláusula constitucional del artículo 14 bis en cuanto asegura que las leyes deben otorgar "protección contra el despido arbitrario" expresando claramente que el régimen impugnado era "a todas luces exorbitante y falto de razonabilidad" y afectaba la libertad de contratar en la medida que imponía la obligación de pagar remuneraciones que no respondían a la contraprestación alguna, a menos que el empleadora aceptara –contra su voluntad– seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozaban de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia y, además, también resultaba violatorio del derecho de propiedad del empresario, ya que no se presenta como legítima la carga de seguir abonando remuneraciones que en cuanto tales, carecían de justificación lo que aparecía como una exacción a favor de los trabajadores. Aseguró que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto, debe reconocerse el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido pero no puede admitir como legítima la carga de seguir abonando remuneraciones que en cuanto tales carecen de toda justificación. Esta conclusión deriva de otorgar eficacia al despido aun injustificado, tal como lo establecía la norma vigente a la sazón para la generalidad de las relaciones laborales, idéntica en esto a la que luego sancionó la Ley de Contrato de Trabajo.

Creemos que la cuestión tratada y resuelta en el caso no presenta ninguna fisura o se preste a interpretación variada. La conclusión fue justamente la descalificación de un régimen de estabilidad absoluta como

(4) TySS 2007, p. 488.

(5) Véase el análisis de la jurisprudencia de la Corte en torno a este tema que efectuó Héctor GUIBADO en *Estabilidad en el empleo privado*. En: *El Derecho laboral y la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Casos típicos*. Coordinado por Antonio Vázquez Vialard y Mario S. Fera, La Ley, Buenos Aires, p. 93.

el que regulaba la Ley 12.637 y el Decreto-Ley 20.268/46, estatuto propio de los trabajadores bancarios⁽⁶⁾.

Con relación al segundo fallo, debe mencionarse como dato coincidente con esa doctrina pero que avanza en cuanto al desarrollo del concepto, el pronunciamiento de la Corte Suprema en el caso "Figuerola, Oscar y otro c/ Loma Negra S.A." del 4 de septiembre de 1984, en el cual ratificó el criterio contrario al establecimiento de un sistema de estabilidad absoluta pero en este caso, originado en un convenio colectivo de empresa. No se extrae de este antecedente datos diferenciadores salvo la extensión de la inconstitucionalidad a la fuente normativa privada; por el contrario el fallo reitera el criterio de que la admisión de la nulidad del despido injustificado como consecuencia de la cláusula convencional "resulta irrazonable en tanto suprime el poder discrecional que es imprescindible reconocer a los empleadores en lo concerniente a la integración de su personal, con menoscabo de la garantía del artículo 14 de la Constitución Nacional que consagra la libertad de comercio e industria (Fallos 302:310 y 1480; 304:335)". En el mismo fallo se establece clara y reiteradamente que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto debe reconocerse el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido, pero no puede admitirse como legítima la carga de seguir abonando remuneraciones habiendo cesado la

(6) No debe prescindirse en este comentario recordar que el fallo fue objeto de crítica doctrinaria en punto a la conclusión terminante acerca de la inconstitucionalidad de una norma legal que estableciera un régimen de estabilidad absoluta. Así, por ejemplo, Justo López, en *¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?*, LT, T. XVII-A, p. 385 y Horacio de la Fuente, en *Principios jurídicos del derecho a la estabilidad*, Víctor de Zavallia Editor, Buenos Aires, 1976. Por nuestra parte, hemos opinado que cuando la norma convencional está creada por pacto que regirá en una empresa determinada, es dudoso que el empleador que celebró ese acuerdo pueda impugnar la validez de semejante cláusula de estabilidad. En aquellos casos la crítica estaba relacionada con la conclusión apuntada, es decir que sería inconstitucional una ley que extendiera la intensidad de la protección. Destacamos la expresión como forma de alejar de la discusión posturas que mediante interpretaciones judiciales, no normas legales expresas, adjudican estabilidad absoluta a ciertas situaciones. No es la oportunidad para reeditar la polémica acerca de la nulidad de los despidos por causa de discriminación originada justamente por ciertas interpretaciones judiciales con las cuales no coincidimos. Puede verse al respecto "Derechos fundamentales y relaciones laborales", Astrea, 2ª. ed., Buenos Aires, 2007, pp. 244 y ss.

relación laboral por voluntad inequívoca del empleador de prescindir de los servicios del dependiente (Fallos 273:37; 302:319) (7).

En la sentencia "UOM" correspondiente al tercero de los fallos antes mencionados, el conflicto no involucraba ningún despido concreto sino que se trataba de una medida cautelar pedida por la asociación sindical mencionada para que se mantuviera en operaciones un establecimiento cuyo empleador se había comprometido en acta celebrada con la peticionante a no ejecutar despidos. Luego de haberse transitado las instancias ordinarias en la que se había otorgado finalmente la medida de no innovar consistente en prohibir a la empresa producir despidos o suspensiones, el Procurador General del Trabajo y la empresa SOMISA llegaron a la Corte Suprema de Justicia por vía del recurso extraordinario. El fallo, como se apuntó, por mayoría, revocó la sentencia de la Sala V, dejando sin efecto la medida precautoria expresando sus fundamentos cuyo considerando 6° vamos a transcribir para precisar la doctrina que interesa para el presente análisis. Aclaramos que ningún otro considerando o párrafo de la sentencia limita o relativiza lo expresado en este (8):

"Que, en efecto, es indudable que, más allá de lo que en su oportunidad se juzgue sobre el incumplimiento de las obligacio-

(7) Para no complicar el discurso solo menciono sin comentarios, otros varios fallos de la Corte que ratifican lo resuelto en este antecedente y los anteriores a los que se remiten, por ejemplo. "Nazar, Luis M. c/ Asociación de Trabajadores de la Industria Lechera de la República Argentina" del 22/4/80, firmado por Adolfo R. Gabrieli, Pedro J. Frías y Elías P. Guastavino, El Derecho fallo 33.001; "Castro, Mirta c/ Asociación Trabajadores del Estado ATE" del 4 de diciembre de 1980 en El Derecho del 6/3/81 entre otros que como se ve corresponden a fechas e integraciones distintas cualquiera de las cuales se caracteriza por su nivel jurídico y ético. Igualmente cabe mencionar que con posterioridad con fecha 24/11/98 en la sentencia "Agnese, Miguel Angel c/ The First National Bank of Boston" ratificó la doctrina de "De Luca" al resolver sobre la validez de la Ley 23.523 que establecía obligación de preferencia en el ingreso a favor de empleados bancario despedidos por participación en huelgas.

(8) La aclaración no es ociosa sino que va dirigida a llamar la atención respecto de algún comentario de antecedentes de la Corte Suprema que solo transcribe fragmentos de un fallo para eludir, justamente, el complemento indispensable del pensamiento del Alto Tribunal en el cual se establece el sostenimiento del principio de estabilidad relativa (o impropia) para el sector privado, distinguiéndolo del régimen de protección constitucional del empleado público.

nes asumidas en el acta del 26 de julio de 1991 –cuestión sobre la que no cabe emitir en esta ocasión opinión alguna– la orden judicial de no innovar en el despido del personal constituye una *intervención inaceptable en las relaciones laborales entre SOMISA y sus dependientes, que interfiere en un ámbito que el orden jurídico reserva a la apreciación discrecional del empleador, cuya conducta eventualmente antijurídica ha de resolverse, en su caso, en la declaración de la responsabilidad y en la determinación pecuniaria de las consecuencias*, extremo que desvirtúa la calificación de ilusoria de una eventual sentencia favorable a la parte actora y destruye el presupuesto contemplado en el artículo 230, inciso 2 del Código Procesal".

Hemos destacado la central doctrina que interesa para el presente análisis.

De este modo, la Corte recogía los argumentos de los recurrentes quienes habían hecho hincapié en sus recursos –igual que en el dictamen del Procurador General del Trabajo llamado a opinar en el trámite del recurso de apelación– sobre lo siguiente:

"Las relaciones entre SOMISA y el personal dependiente están regidas por el primer sistema (se trata del régimen de estabilidad relativa regulada por el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, según se explica en ese documento) ya que rige la ya citada Ley de Contrato de Trabajo y, por lo tanto, la conducta destinada a afectar los contratos tendría eficacia para resolverlos pero originaría responsabilidad en el marco de una tarifa indemnizatoria".

Y más adelante se insiste en lo siguiente:

"Salvo que se invoque un régimen de estabilidad propia, la ilicitud de un despido no trae como consecuencia jurídica la posibilidad de que el trabajador sea reincorporado y, por lo tanto, es manifiestamente improcedente una cautelar que asegure un derecho que el dependiente, no posee".

Es que como allí se sostiene:

“Una valoración previa lo lleva (al sentenciante de segunda instancia) a desplazar el sistema legal para erigirse indebidamente en legislador coyuntural que modifica, al dictar una cautelar, el sistema legal de los despidos”.

Finalmente, el más reciente fallo en el caso “Madorrán”, tuvo como finalidad establecer la validez de una norma convencional que regía las relaciones laborales en un organismo estatal. Como es sabido la conclusión del Alto Tribunal fue la descalificación de la cláusula en virtud de la cual se establecía el sometimiento de esas relaciones laborales al régimen de estabilidad que rige la Ley de Contrato de Trabajo considerando que ese personal está amparado por la protección especial que otorga el artículo 14 bis a los empleados públicos.

Entre otros fundamentos coincidentes destacaré aquellos que están dirigidos precisamente a *distinguir* el régimen de protección del empleo público del que otorga al sector privado, para lo cual se ocupa el voto mayoritario de separar “dos períodos normativos” lo cual “encuentra explicación precisamente en distinguir entre los mentados ámbitos para los cuales se prevé un diferente grado de estabilidad en el empleo”. Para fundar tal planteo el mismo considerando 4° del fallo transcribe puntualmente el despacho de la Sub Comisión de Derechos Sociales y Gremiales de la Convención Constituyente que aprobó el artículo 14 bis en 1957. También aquí vale la pena recordarlo porque representa, como se ha dicho, uno de las bases de argumentación que sostiene el fallo que estamos comentando:

“En el campo de las relaciones de Derecho privado, la situación es distinta (de la del empleado público). El poder discrecional, que constituye la excepción en la administración pública, representa en este campo la regla. Resulta muy difícil obligar a un empleador a readmitir en el local de su empresa, para reincorporarlo al empleo, al trabajador cuyos servicios desea no utilizar más”.

En párrafos siguientes —considerando 5°— la Corte Suprema recuerda el voto de los jueces Aberastury y Zavala Rodríguez en el caso “Enrique c/ Provincia de Santa Fe” donde se explicó que “tal concepto de la estabilidad no se compadece con la interpretación [...] conforme a la cual no se habría establecido la garantía de estabilidad en sentido propio, que excluye por principio, la cesantía sin causa justificada y debido proceso y cuya violación trae consigo la nulidad de esta y consiguiente reincorporación, que posibilita retomar el curso de la *carrera por el agente separado ilegalmente, derecho a la carrera que, como se puso de manifiesto en la discusión (en la citada Asamblea Constituyente), integra el concepto de estabilidad. Si esto no hubiera sido así, a lo que ni el texto ni los antecedentes dan sustentación, habría sido suficiente el pasaje anterior relativo a la protección contra el despido arbitrario, que no otra cosa es la estabilidad en sentido impropio*”.

Y luego de esta cita, la Corte insiste en que “parece incuestionable que este último razonamiento tiene un peso solo levantable mediante el quiebre de elementales pautas de exégesis normativa, pues requerirá concluir en que la Constitución Nacional, nada menos que en la formulación de derechos fundamentales, ha incurrido, en un mismo artículo y no obstante el empleo de palabras diferentes y extrañas a la sinonimia, en enunciados superfluos por repetitivos”.

Cuesta entender cómo frente a párrafos tan definitorios y contundentes, se pueda sostener que este fallo de la Corte Suprema del año 2007, abre la posibilidad de admitir que en el empleo privado se aplique el mismo régimen de estabilidad absoluta o propia. Solo fragmentando transcripciones u omitiendo considerar importantes salvedades en el discurso donde se apuntala la garantía del empleado público con remisión a documentos y sentencias extranjeras. Tal distracción puede llevar a omitir que cuando en el considerando 8°, el fallo trae en apoyo de la garantía de la estabilidad propia del empleo público, la cita de documentos internacionales y una remisión a un fallo del Tribunal Constitucional de España, se formulan tales interpretaciones a favor de la estabilidad absoluta dejando a salvo en cuanto a su extensión genérica a todas las relaciones laborales que se las formula teniendo en cuenta que se traen “a la luz exclusiva de los ordenamientos nacionales” para expresar el significado de la expresión “derecho al trabajo”.

Toda la argumentación de ese párrafo y de los siguientes, está desarrollada dentro del marco del conflicto que se estaba resolviendo, esto es el de un despido de empleado público al cual el Tribunal le extiende la garantía de la estabilidad propia por lo que no se pueden interpolar párrafos que están condicionados por aquello de “a la luz de los ordenamientos nacionales”, para sostener que con estas remisiones a antecedentes extranjeros, la Corte estuviera convalidando un régimen de estabilidad absoluta o propia, al sector privado. El fallo es claro y define los dos campos de garantías manteniendo de tal modo la misma línea de los ya comentados antecedentes en la materia, basado en que el constituyente tuvo en cuenta la diferente situación de los sectores público y privado, reiterando que en este último “resulta muy difícil a obligar a un empleador a readmitir en el local de su empresa, para reincorporarlo al empleo, al trabajador cuyos servicios desea no utilizar más”. Es precisamente a esto a lo que se refiere la Corte cuando después de elevar el principio de la defensa de la estabilidad, culmina con la afirmación de que esa pauta “se impone aun con mayor intensidad, cuando *su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales*”.

No puede pedirse a un fallo de la calidad y nivel de que se trata, mayor claridad para distinguir que lo que estaba resolviendo en punto a la estabilidad absoluta, solo era referido a la aplicación de la garantía que la cláusula constitucional reserva para el empleado público. Otra derivación de este pensamiento expresado con reiterada insistencia en la distinción, solo puede explicarse en el deseo de hacer decir al Tribunal lo que hubiera gustado con grave riesgo de que esa interpretación exceda llamativamente la función judicial de aplicación de la ley⁽⁹⁾. Tal lo que

(9) Acerca de esta limitación de la función judicial recuérdese las expresiones del actual presidente de la Corte Suprema de Justicia, Ministro Lorenzetti, cuando llama la atención acerca de cuál debe ser el alcance de tal actividad privilegiada por la sociedad. Vale la pena la lectura de ese párrafo de la disidencia de este Juez en el fallo “Ajis de Caamaño, María Rosa y otros c/ Lubeko SRL y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A.” del 26/2/08: “Es que la magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad o en el derecho libremente aplicado sino en leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan

sucede cuando, como lo sostiene el Procurador General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en el recurso a que se ha hecho referencia en el caso UOM, “los jueces se apartan ostensiblemente del derecho vigente, desplazando el régimen legal aplicable en una suerte de indebida asunción de facultades legislativas”.

A nuestro juicio, estos comentarios muestran una continuidad doctrinaria en la jurisprudencia de la Corte Suprema sin que sea admisible —creemos que nadie seriamente puede sostenerlo— que se relativicen los efectos de esas directivas por razones de orden político o ideológico. Es que como dice Julio Simón⁽¹⁰⁾, “esa tendencia peligrosa de los argentinos de la descalificación total por el origen puede llevarnos a repetir historias desgraciadas [...]”, refiriéndose a algunos comentarios negativos formulados respecto del caso “Outón” (en materia de libertad sindical) por provenir de un tribunal coexistente con un gobierno de facto.

6. Añadiremos unas pocas reflexiones más acerca del significado y alcance de la normativa vigente para superar interpretaciones igualmente desviadas, de los textos legales, no ya constitucionales. Nos referimos a la lectura de las normas de la Ley de Contrato de Trabajo, particularmente a su artículo 91, del cual es difícil extraer otra conclusión que no sea la de que es coherente con el sistema de estabilidad relativa que impera en ese cuerpo legal. Que no sea del agrado ideológico de alguno no autoriza a forzar la letra de la ley.

En efecto el artículo 91 de la Ley de Contrato de Trabajo expresa:

“El contrato por tiempo indeterminado dura hasta que el trabajador se encuentra en condiciones de gozar de los beneficios que le asignan los regímenes de seguridad social, por límites

conforme a reglas que la comunidad debé conocer, y a las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual esta Corte debe hacer respetar porque constituye un elemento de garantía constitucional del debido proceso”, lo que repite en “Recurso de hecho deducido por la Organización de Remises Universal SRL en la causa Ventura, Guillermo Salvador c/ Organización de Remises Universal SRL y otros” de la misma fecha.

(10) Julio C. SIMÓN, *Crónica de un final anunciado. El caso ATE*, en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, Número extraordinario, Buenos Aires, 2009, p. 72.

de edad y años de servicios, salvo que se configuren algunas de las causales de extinción previstas en la presente ley”.

Una de las causales es la denuncia unilateral y solo mediante una elaboración carente de la más elemental lógica se ha podido argumentar que la Ley de Contrato de Trabajo no contempla la posibilidad de la denuncia unilateral del contrato aunque no medie justa causa. Porque resulta del sistema estructurado en el capítulo IV del capítulo XII de ese cuerpo legal que debe ser aplicado armónicamente y no descuartizado *a piacere*, que “el acto por el cual el empleador pone término a un contrato de trabajo por su voluntad unilateral, se llama despido. Cuando lo hace con fundamento en un incumplimiento del contrato por parte del trabajador, que sea de magnitud proporcionada a la rescisión, se llama despido justificado. Cuando carece de causa porque no la tiene o porque la que tiene no es suficiente, se llama despido injustificado, que es el tipo contra el que con el nombre de despido arbitrario, requiere el artículo 14 bis de la Constitución Nacional que las leyes garanticen al trabajador”⁽¹¹⁾.

En la ley argentina –no la de otros países que poseen otros sistemas de protección– ese despido injustificado o arbitrario, se castiga con el pago de una indemnización tarifada. Así de simple es el sistema y así de simple es su aplicación inveterada sobre la cual se pretende volver mediante artilugios que no resisten la fuerza de la norma y de su interpretación judicial uniforme. Que el despido sea un acto lícito –como creemos⁽¹²⁾– o que se trate de un acto ilícito, como lo postula otro sector de la doctrina, no altera la conclusión toda vez que como lo repetimos desde Justo López en adelante, el despido aunque acto ilícito, es eficaz y en nuestro derecho no existe nulidad del despido salvo para los protegidos por la ley sindical que reglamenta otra garantía constitucional distinta de la del despido arbitrario (“los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo”).

(11) RAMÍREZ BOSCO, Luis, *Comentario al artículo 242 de la ley*, en “Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2007, T. IV p. 285.

(12) Véase nuestro comentario *Discriminación en el despido o despido arbitrario*, en *Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, Discriminación y violencia laboral, Buenos Aires, 2008-2, p. 129.

La garantía de protección contra el despido arbitrario se cumple por elección del legislador y solo de este, no de los jueces, como sucede con el régimen de indemnización tarifada, tal como lo ha expresado claramente la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Vizzoti”, cuyos considerandos 6, 7, 8 y 9 resultan de contundencia absoluta. Es lo mismo que enseñó Justo López cuando explicó que el legislador ha admitido la extinción del contrato y el pago de una indemnización tarifada con lo cual “concreta una previsión programática constitucional (artículo nuevo o 14 bis de la Constitución Nacional): la protección contra el despido arbitrario”⁽¹³⁾.

La propuesta de abrir una nueva lectura de los artículos 91 y 245 para introducir la teoría de la nulidad del despido arbitrario, no deja de ser una postulación interesante pero no es admisible en el sistema republicano que tal interpretación *contra legem* sea incorporada por los jueces. El debate doctrinal, del cual obviamente pueden participar los jueces fuera de sus sentencias, se dirigirá en todo caso a la eventual modificación de la ley y en ese supuesto habrá que efectuar una confrontación con la jurisprudencia de la Corte Suprema que se ha analizado en los párrafos anteriores.

7. Para concluir con estas reflexiones acerca del régimen de estabilidad que reina en la República Argentina, consistente con las garantías constitucionales, haremos una referencia aclaratoria a lo que significaría para nuestro régimen legal la ratificación del Convenio 158 de la OIT, hipótesis que se ha invocado como la solución total para el tema al introducir con su eventual vigencia, el instituto de la estabilidad absoluta. También aquí es preciso llamar la atención acerca de cómo deben ser leídos y explicados los documentos legales para que no se confunda al lector que no tiene a mano el texto auténtico. La buena fe del autor que acomete la tarea de difusión de sus ideas exige la elemental autenticidad en la explicación y ello incluye eludir cualquier tentación de fragmentación del texto analizado⁽¹⁴⁾.

(13) “Ley de Contrato comentada”, T. 2, p. 997.

(14) La misma advertencia cabe para quien cambia los términos de la norma como sucede, por ejemplo, al hacerle decir al artículo 16 de la Ley 25.561 que establecía la “prohibición” de los despidos injustificados. Basta la lectura de esa disposición para advertir que el legislador no avanzó en esa línea sino que se limitó a “suspender” los despidos injustificados y a fijar una sanción por el incumplimiento de ese mandato. Esto es muy

Para no incurrir en el mismo error que estamos criticando, recordaremos que el Convenio 158 de la OIT en su artículo 1 establece que para dar efecto a las disposiciones del convenio deberá dictarse la legislación propia de cada país que lo ratifique. Esto es que como las alternativas que presenta el documento en relación la "terminación de la relación de trabajo", será preciso que para la operatividad de las opciones elegidas por cada país, se dicten las normas necesarias para su implementación y obligatoriedad. Se hace salvedad en la misma disposición a la hipótesis de que las cláusulas que contiene el Convenio "se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional".

Destacamos la referencia a las sentencias judiciales porque esto puede creerse que abre un camino tentador para que una vez ratificado el instrumento internacional, los jueces puedan aplicar sus normas según sus propios criterios de interpretación. Es obvio que la mención de que esas distintas formas de aplicación del Convenio se ha incluido para contemplar las diferentes y variadas formas de regulación que reinan en los distintos países y por eso expresa que ello se cumplirá "conforme a la práctica nacional". Nuestra práctica está signada por lo que la Constitución Nacional impone por la vía de la división de poderes fijando claramente cuál es el rol y el ámbito en que los jueces ejercen su potestad en el sistema republicano que se basa en la división de poderes a cada uno de los cuales asigna las atribuciones y competencias propias y exclusivas (artículo 116 de la Constitución Nacional).

Es obvio que la ratificación eventual del convenio implicará la operatividad íntegra de sus disposiciones y por lo tanto debe tenerse en cuenta que después de regular los procedimientos previos a la terminación del contrato por iniciativa del empleador, (tal el significado que impone el artículo 3 del Convenio), se abrirá la posibilidad del trabajador afectado de recurrir a "un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del

distinto de crear una figura de acto ilícito. De paso traigo esa norma en apoyo de la defensa de la calidad de acto lícito del despido (aún injustificado) ya que como es obvio, el legislador no podría suspender tales actos si fueran realmente ilícitos, o lo que es lo mismo que mediante esa ley de 2001 el legislador ratificó el carácter lícito del despido aún injustificado.

trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro" dentro de "un plazo razonable" (artículo 8) quienes "estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada" (artículo 9). La prueba de la existencia de la causa justificada estará a cargo del empleador. En el mismo dispositivo se contemplan las causas justificadas por el "funcionamiento de la empresa" las que deben ser "suficientes".

Después de estas previsiones aparece el artículo 10 al cual resultaría que no se ha prestado atención suficiente cuando se proclama este Convenio como el fundamento de la instauración de la estabilidad absoluta, la nulidad del despido injustificado y la reinstalación del trabajador despedido en tales circunstancias. La norma en cuestión aparece claramente como una apertura indiscutible a que cada país opte por las soluciones que considere apropiadas para su régimen jurídico. Dicho esto solo transcribiremos el artículo 10 del Convenio para que se descarte la idea de que con su ratificación se alcanzaría el desiderátum de imponer la nulidad del despido arbitrario:

"Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación o la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada".

Como se ve, el documento internacional otorga alternativas a los países que produzcan la ratificación del convenio, para establecer la sanción correspondiente a los empleadores que produzcan despidos sin sujetarse a las exigencias del instrumento en cuestión. Una de esas alternativas es precisamente el pago de una indemnización al empleado perjudicado con la denuncia injustificada⁽¹⁵⁾. Con esto se llega a la conclusión de que

(15) La Recomendación 166 sobre la "terminación de la relación de trabajo" no contiene, a este respecto, norma que altere la conclusión explicada.

aún ratificando nuestro país el convenio en cuestión, siempre quedará en manos del órgano legislador establecer cuáles son las consecuencias jurídicas de una ruptura arbitraria del contrato, lo que no cambiaría sustancialmente el régimen legal en vigor sin perjuicio de la confrontación que tal nuevo régimen debería afrontar con las disposiciones constitucionales que han servido a la Corte Suprema para formar la jurisprudencia que se ha analizado en estas páginas⁽¹⁶⁾.

8. No debe marginarse de este informe una referencia a un tema íntimamente vinculado con la propuesta requerida para esta oportunidad académica y es el consistente en el alcance que hoy se otorga a la dependencia laboral porque sin duda que ello se emparenta con el tratamiento de estabilidad que pueda otorgarse a ciertas situaciones de prestaciones de trabajo en forma personal y que no están claramente ubicadas dentro de los ámbitos reconocidos por las leyes como propios de una hipótesis de subordinación jurídica, dato que, como es sabido, constituye el centro de imputación que utilizan las normas en materia de estabilidad (además de las otras disposiciones protectorias relativas a enfermedades, licencias, remuneraciones, etc.). Pues bien sobre esto habrá que poner atención en la variedad de formas de prestaciones laborales que hoy presenta la realidad socioeconómica en la cual se registran como se ha dicho, hipótesis que no encajan de manera clara en el perfil definitorio de la subordinación que origina la protección de estabilidad. Tales los supuestos de teletrabajo, o de profesionales universitarios que trabajan con alguna medida de dependencia económica, que no llegan a evidenciar la plenitud de los indicios que sirven para definir aquella subordinación jurídica, requisito que normalmente exigen las leyes laborales para otorgar la estabilidad y muchos otros casos más que reflejan las mutaciones naturales del tejido social.

Obviamente el tema se vincula con la existencia de ciertas reglamentaciones que se registran en el derecho comparado para contemplar, precisamente, esas situaciones "grises" a las cuales se estima debe otorgarse

(16) Esta parte del presente informe ha sido tomada parcialmente y adaptada para el ámbito al cual va dirigida, de nuestro estudio titulado *Estabilidad impropia o relativa según la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en *Derecho del Trabajo*, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 829.

similar o diversa en intensidad protección. Es que el tema de la parasubordinación representa hoy una cuestión que llama a la atención no solo de la doctrina sino que ha asumido en algunos casos –quizás el más notorio es el de la Ley española 20/2007 del 12/10/07– el nivel de reglamentación estatal. Naturalmente, el tema excede el propuesto en este informe pero debo destacarlo por cuanto se encuentra ligado al de la estabilidad ya que implica considerar cuál debe ser el campo de aplicación de las normas que hemos comentado sobre aquella.

LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO EN SITUACIONES DE CRISIS

CARACTERÍSTICAS GENERALES PROPIAS DE UN SISTEMA DE
PROTECCIÓN AL EMPLEO

ÓSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

1. Es sabido que los estados modernos vinieron adoptando, desde finales del Siglo XIX e inicios del Siglo XX, políticas destinadas a la mejor solución de los problemas sociales y económicos que presentaban sus respectivas colectividades, los cuales consideraron que no podían dejarse al libre arbitrio de los particulares, sino que ameritaban la acción, en ocasiones normativa, en otras promotora e incluso ejecutiva, de los distintos órganos del poder público. Es también sabido que esta tendencia del poder público, que se concretó en la concepción del denominado Estado de Bienestar Social, ha sido, especialmente a partir de la década de los noventa, objeto de fuertes críticas de las tendencias neoliberales que acusan al sobredimensionamiento del Estado de constituir un obstáculo al crecimiento de la economía y postulan el retorno a la leyes naturales del mercado, para promover un desarrollo económico libre y acelerado, que, según afirman, es la única forma de fomentar riqueza para poder lograr su adecuada distribución.

Esta controversia ha presidido el debate que, primeramente en Europa y posteriormente en América Latina, se planteó en torno al Derecho

del trabajo, al cual fue considerado como fuente de rigideces que estorban el crecimiento de la economía, mientras que otros defienden como ordenamiento especializado que tiene su justificación en la necesidad de otorgar tutela a los trabajadores por ser la parte económicamente débil en la relación de trabajo, que no están, por si solos, en condiciones de ejercer autónomamente su voluntad en términos de igualdad frente a los empleadores.

2. Uno de los campos en que se ha desenvuelto con mayor vehemencia, especialmente a partir de los años ochenta en Europa y de los noventa en América Latina, la polémica entre "flexibilizadores" y "garantistas" ha sido el relativo al fomento y a la preservación del empleo. Frente al crecimiento de los índices de desocupación, producto en ocasiones de las recurrentes situaciones de recesión económica y en otros de la innovación tecnológica, se ha sostenido que el Derecho del trabajo debe cambiar su centro de atención tradicional (proteger al trabajador), por otro que es más acorde con las actuales exigencias (proteger, es decir, fomentar al empleo). De esa forma, aún cuando se desmejoren algunas de las condiciones otorgadas a quienes trabajan, se obtendría, en contrapartida, una mayor posibilidad de acceso al empleo para quienes no lo tienen. En otras palabras, no importaría precarizar el empleo, creando formas de contratación cuyas condiciones son evidentemente inferiores a las tradicionales, si mediante estas formas de contratación precaria se logra aumentar el número de los empleados.

3. Las anteriores consideraciones sirvieron de fundamento a algunas reformas laborales en América Latina (Colombia, Perú, Argentina, Panamá), en las cuales se crearon diversas modalidades de contratación de servicios personales que, de una forma u otra, desmejoraron las condiciones tradicionalmente establecidas en protección de la relaciones de trabajo o, incluso, negaron tal carácter a relaciones en las cuales se presta un servicio personal en forma subordinada y bajo remuneración. Tales modalidades, usualmente conocidas como contrataciones precarias, han ido erosionando los sistemas tradicionales de estabilidad laboral, al punto de que notables iuslaboristas latinoamericanos se han preguntado si aún puede hablarse del principio de permanencia y de la estabilidad en el empleo como una institución válida y una tarea a ser cumplida por el Derecho del trabajo.

4. Ante tales planteamientos, nos parece oportuno reproducir las conclusiones uno de los grupos de trabajo que con ocasión del IV Encuentro de ex becarios de los Cursos de Formación para Expertos de Relaciones Laborales, auspiciados por la Universidad de Bologna, el Gobierno Italiano y algunas instituciones privadas, reunido en Cartagena de Indias en septiembre de 1995 acordó al analizar el tema del mercado de empleo y las relaciones de trabajo. Las conclusiones, que reflejan un consenso de especialistas de diversos países y de diferentes ubicaciones ideológicas y profesionales fueron las siguientes:

- "1. La promoción del empleo no se hace en función a la legislación sino de los resultados de las políticas económicas, lo cual no descarta que normas inadecuadas puedan desincentivar la preservación y el fomento del empleo.
2. La necesidad de promover el empleo no puede ir en contra de los principios generales que justificaron y siguen justificando la existencia del Derecho del trabajo. La conveniencia de flexibilizar normas protectoras y su aplicación, debe tener un límite en tales principios.
3. No hay evidencia empírica de que exista, a nivel internacional una relación clara de causalidad entre políticas de flexibilización y reducción de cargas laborales con el aumento o la disminución del empleo, razón por la cual el análisis de estas circunstancias debe atender a variables muy diversas, lo que hace necesario un estudio multidisciplinario y detenido del problema.
4. Una preocupación coincidente es la necesidad de avanzar en las diferentes formas de capacitación, especialmente aquellas orientadas hacia la formación para el trabajo, de la cual no deberían apartarse las universidades, y otros centros de educación superior.
5. En conclusión, es necesario que las políticas adoptadas se orientan a favorecer sistemas de incremento de riqueza que supongan al mismo tiempo un aumento del empleo, en cuyo sentido existen experiencias nacionales dignas de análisis".

5. Planteadas así las cosas, debemos señalar que en nuestro criterio, no se justifica el abandono de los sistemas de protección a la estabilidad, aún cuando pueda aceptarse que los mismos asuman modificaciones que los adapten a los cambios operados en el mercado. Para hacer esta afirmación, partimos no solamente de la convicción de que la creación de empleo es un problema económico y no legislativo, sino de la observación de que no existen estudios estadísticos que puedan demostrar que la precarización de los contratos de trabajo haya incidido realmente en la creación de nuevos empleos. En este sentido, es necesario observar que para afirmar lo contrario no basta con señalar que un número determinado de empleos haya sido creado con posterioridad a la promulgación de normas flexibilizadoras, sino que habría que evidenciar que tales cargos no hubiesen podido ser creados de haberse adoptado las formas tradicionales del contrato de trabajo.

Así, es oportuno recordar, a título de mero ejemplo, que en un país como España, donde se implementaron las más variadas formas de contratación precaria, se mantuvo durante la vigencia de tales modalidades uno de los índices más altos de desempleo de la comunidad europea, los cuales se redujeron después de un periodo de notable expansión económica y vuelven a aumentar con ocasión de la presente crisis.

Según criterio expuesto por Antonio Ojeda Avilés, profesor de la Universidad de Sevilla, con relación a los programas de empleo y la amplia gama de fórmulas de contratos precarios que en los años ochenta se diseñaron en España y que inspiraron algunas reformas laborales en América Latina en los años noventa, tales programas no sirvieron para crear empleo, sino que son "programas de sustitución de unos aspirantes por otros en la búsqueda de trabajo, en su inmensa mayoría: colocar un joven o un minusválido a través de estos programas, significa que otro parado no perteneciente a estos colectivos pierde su posibilidad en beneficio de los antedichos; e igualmente sucede —en el mejor de los casos— para los empleos obtenidos por similares estímulos públicos en los concretos sectores económicos o zonas geográficas beneficiarias: la empresa que decide instalarse en ellos al calor de las subvenciones lo habría hecho quizá en otra actividad o en distinta ubicación, que de esta forma quedan preteridos. Consiguientemente, no persiguen la creación

de nuevos puestos de trabajo en sentido absoluto, ni siquiera un reparto de las plazas disponibles entre diversos trabajadores; dicho de otra forma, las medidas de fomento empeñadas en tales programas mantienen idénticos los puestos de trabajo y los contratos que podrían surgir sin ellos, y únicamente producen un efecto equilibrador u homeostático, buscando repartir el paro por igual entre los colectivos, zona y sectores de nuestro país" (Programa contra el paro y Restauración Empresarial. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1985).

Para demostrar que no existe una relación de causalidad directa e idéntica en todos los casos nacionales entre la expansión de la economía y la creación de empleo, así como tampoco hay entre esta y el tipo de legislación promulgada, sino que el problema es mucho más complejo y depende fundamentalmente del resultado de la variedad de políticas económicas y sociales adoptadas, podemos hacer breve referencia a ciertas cifras tomadas del denominado libro blanco sobre empleo, editado por la Comunidad Europea, y que permiten, que permiten tener una visión del resultado de los programas de empleo flexibilizadores adoptados en Europa en los años ochenta. Entre 1970 y 1992, el Producto Nacional Bruto de Estado Unidos creció en un 7% y se registró un 49% de aumento en creación de puestos. Durante el mismo periodo Europa registró una mayor expansión del Producto Nacional Bruto (81%, y sin embargo el aumento en la creación neta de puestos de trabajo fue de solo el 9%, lo cual significa que, por diversas circunstancias que no cabe analizar dentro de los límites del presente trabajo, mientras en Estados Unidos se llevó a cabo un desarrollo económico con fuerte creación de puestos de trabajo, el desarrollo económico europeo, aún siendo porcentualmente mayor, se llevó a cabo con una reducida creación de empleo. Pero la realidad Europea, que no es idéntica en todo los países de la Comunidad, fundamenta aún más nuestras anteriores afirmaciones. Mientras en Italia el Producto Nacional Bruto creció entre 1970 y 1992, en un 85% con una creación de empleos del 18%, en el mismo periodo España tuvo un mayor crecimiento, alrededor del 100%, pero sin que hubiese creación neta de empleo, de modo que podría concluirse que el aumento de la productividad en esos 22 años fue absorbida, en lo fundamental, por el mismo número de trabajadores, lo cual, aunado al aumento de la población, explica el

alto nivel de la tasa de desempleo que reflejó la sociedad española en el periodo en que se adoptaron las políticas de precarización laboral y que solo fue disminuido posteriormente, en el marco de políticas más generales y de una continuada expansión de la economía que solo vino a reducirse con la actual crisis económica que ha determinado un nuevo repunte de las tasas de desocupación.

6. El tema que tratamos ha recobrado gran actualidad como consecuencia de la presente crisis financiera mundial. Esta crisis presenta características muy peculiares en relación a otras que le precedieron. Por una parte, su origen resulta muy puntual. Se trata de una consecuencia de la caída del mercado hipotecario de los Estados Unidos debido al manejo imprudente y especulativo de entidades financieras que colocaron importantes cantidades en créditos sin suficiente respaldo y sin adecuadas posibilidades de oportuna recuperación. Por otra parte, y no obstante su origen localizado, la globalidad de la economía y de los mercados financieros determinaron una rápida extensión mundial de la crisis, la cual ha afectado de manera muy particular a los países desarrollados de Europa, cuyos sistemas financieros guardan estrecha relación con el de los Estados Unidos. Otro aspecto que vale la pena relevar con relación a la actual crisis, es que la misma, en cierta forma, marca el decaimiento, al menos temporal, de las tendencias neoliberales que a partir de finales del siglo pasado fueron ejerciendo predominio en el manejo de los asuntos económicos en muchas partes del mundo. Es evidente que uno de los factores presentes en la crisis, es que la falta de regulación de los mercados financieros facilitó la actuación irresponsable de las entidades que causaron el derrumbe del mercado hipotecario en los Estados Unidos. Por otra parte, las políticas implementadas como soluciones frente a la crisis han sido de un fuerte intervencionismo estatal. En los Estados Unidos el gobierno de Obama logró vencer la resistencia de los sectores más conservadores del Congreso y optó por una política que al tiempo que supuso una muy importante inversión de dinero en respaldo al sistema financiero, comporta un alejamiento de las fórmulas anti intervencionistas predicadas por el pensamiento neoliberal.

La actual crisis ha determinado una reducción importante de las economías mundiales y consecuentemente ha afectado el empleo. Nue-

vamente los estados se enfrentan ante las disyuntivas de diseñar políticas de protección al empleo ante la crisis y nuevamente se presentan diferencias entre quienes ven en la reducción, al menos temporal, del empleo, una fórmula adecuada para asegurar la supervivencia de las empresas y entre quienes optan para hacer esfuerzos para la conservación del empleo. En los Estados Unidos, país en cuyo sistema de relaciones laborales siempre ha predominado la libertad de despido, la reducción de la economía entre 2009 y 2007 fue de 2.1% y la desocupación subió del 5% en 2007 al 9.4% en 2009. En España, uno de los países europeos más golpeados socialmente por la crisis, la reducción económica para el 2009 se estima que llegará al 4.2%. El aumento de la desocupación es el mayor de la Unión, estimándose para el tercer trimestre de 2009 en el 17.93%, mientras que en 2007 fue del 8.5% y en 2008 del 13.9%. Frente a las dificultades económicas, en España han proliferado los denominados procedimientos de regulación de empleo, que permiten despidos colectivos con pago de algunas indemnizaciones. Estos procedimientos unidos a los despidos individuales, que también requieren indemnización, han supuesto un importante costo económico y han elevado considerablemente las listas de beneficiarios del seguro de paro, lo cual también supone un elevado costo. Todo ello ha comportado una elevada inversión en la "destrucción de empleos" lo cual ha determinado comentarios de importantes analistas sociales en el sentido de que en España la situación podría ser distinta si lo que se invierte en la "destrucción de empleos" se hubiese invertido en la construcción de nuevos puestos de trabajo.

En Alemania, la crisis ha sido especialmente grave, comportando la recesión económica más grave del país desde 1949. Para 2008, la producción económica decayó en un 2% frente a un 1.5% promedio de la Unión Europea. Para 2009, se espera que el retroceso esté entre el 2% y el 4%. Siendo el país más exportador de la Unión, las exportaciones han descendido alrededor del 9%. Sin embargo, el efecto de la crisis en el empleo ha sido mucho menos impactante que en España. Las cifras de desocupación que en el año 2008 alcanzaban un 8.3%, en el año 2009 han subido tan solo unos decimales. Para algunos analistas la explicación de un crecimiento reducido del desempleo en un momento de graves dificultades económicas, se halla en que las empresas en lugar de acudir

a al expediente de despidos masivos, han acordado con los trabajadores medidas de flexibilidad que reducen los beneficios de los trabajadores pero que les permiten conservar el empleo.

7. Señalados los anteriores comentarios, nos afirmamos en nuestra creencia de que aún en situaciones de crisis económica no debe renunciarse al funcionamiento de sistemas de protección al empleo, los cuales, para poder ser eficientes, deben adecuarse razonablemente a las realidades cambiantes de la sociedad y de la economía. Ello constituye hoy una importante meta en el desempeño que al Derecho del trabajo corresponde en la tarea de armonizar el desarrollo económico con la justicia social.

Partiendo de esta óptica, en el presente trabajo pretendemos, en forma general, sin referirnos específicamente a una determinada legislación, analizar las que a nuestro juicio deberían ser las características propias de un sistema de estabilidad en el trabajo. Para el esbozo de tales características, hemos partido, tanto de un análisis de Derecho comparado, como del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el cual, si bien no analizamos específicamente por razones de espacio, nos ha permitido tener un marco de referencia internacionalmente aceptable que facilitó la tarea que nos propusimos.

Es de señalar que los convenios de la OIT tienen gran importancia, no solo porque, como acabamos de afirmar constituyen un marco de referencia, sino porque en algunos estados forman parte de su legislación positiva una vez ratificados. Ello ocurre cuando la Constitución Política del Estado establece que cuando un convenio internacional es ratificado por el Parlamento, pasa a ser parte de la legislación positiva del país. Esta concepción, denominada monista, determina que no hace falta que el texto del convenio sea incorporado necesariamente al texto de la Ley o Código del Trabajo, ya que su ratificación le da un carácter suficientemente obligatorio como para que pueda en un caso concreto ser aplicado por un Juez del Estado ratificante. Esta es la situación de varios países latinoamericanos. Por el contrario, en los países llamados dualistas, la vigencia y aplicabilidad interna del Convenio supone que se reforme la Ley Nacional para que aquel se integre a esta. Así, en los países monistas, aun cuando la legislación nacional no comprenda o no

desarrolle todos los principios contenidos en el tales principios, tienen un valor autoejecutivo desde el momento de su ratificación, de manera que un ciudadano puede exigir su aplicación ante los organismos jurisdiccionales competentes.

Independientemente de que el país siga el sistema dualista o monista e, incluso independientemente de que los convenios haya sido o no ratificados, comportan una gran ventaja, que es la de permitir establecer la existencia de ciertas normas internacionalmente aceptables, puesto que son productos de un consenso adoptado por una conferencia internacional, donde asisten representantes de los gobiernos, de los trabajadores y los sindicatos de más de 170 países miembros.

De allí que la existencia de un convenio como el 158 adoptado en la Conferencia Internacional del Trabajo, que tiene un carácter tan universal, nos facilita, sin caer en una óptica muy subjetiva, referirnos al tema de la estabilidad y señalar, ciertas características generales que debería reunir un sistema de estabilidad, no solo en un país determinado, sino en cualquier país del mundo donde se aplique efectivamente el derecho laboral. Evidentemente, partimos de la consideración anteriormente expuesta, de que las políticas laborales frente a la crisis, no justifican el desmantelamiento del régimen tutelar creado por el Derecho del trabajo, sino una constante adaptación del mismo a los dinámicos cambios de la, sociedad, pero sin que este proceso signifique una renuncia a los principios generales del Derecho del trabajo, ni un abandono a sus principales instituciones, entre las cuales pensamos que la protección contra el despido injustificado, sigue, teniendo vigencia, por razones de justicia social y de coexistencia equilibrada entre los actores sociales.

8. Partiendo de estas consideraciones podría decirse que un sistema de estabilidad en el trabajo en cualquier país del mundo debe tener por objeto el otorgar a los trabajadores cierto grado de protección, cuyo alcance variará conforme a las circunstancias nacionales y coyunturales de cada legislación, frente a la posibilidad de que el empleador pueda poner término a la relación de trabajo por una decisión unilateral que no se funde en una causa justificada. Este es fundamentalmente la finalidad que debe perseguir un sistema de estabilidad. Para el análisis, propuesto

descartamos la posición, exagerada en nuestro criterio, según la cual hay protección a la estabilidad solo cuando existe la imposibilidad absoluta de despedir sin justa causa. En realidad un estudio objetivo de la situación nos lleva a concluir, que cada vez que se restringe la posibilidad del despido libre, se está protegiendo la permanencia del trabajador en el empleo, aún cuando tal protección no suponga la denominada estabilidad absoluta, según la cual no puede haber despido sino hay una causa justa debidamente calificada por un organismo competente. La cobertura del sistema de estabilidad, la determinación de quienes están amparados o no, la definición de lo que es una causa justa de despido; el alcance de la protección que el sistema de estabilidad da al trabajador en cada caso concreto; el procedimiento que el trabajador debe seguir para poder obtener dicha protección; los sistemas de seguridad social complementarios a la estabilidad; en fin, las particularidades de la implantación del sistema variarían efectivamente, en cada país.

Sin embargo, parece útil, esbozar, ciertos comunes denominadores que son los que vamos a considerar como características generales propias de un adecuado sistema de estabilidad, las cuales deberían adaptarse a la realidad de cada sociedad.

Para establecer tales características vamos a ir desglosando los componentes que generalmente integran el sistema.

9. En primer lugar, vamos a hablar de la cobertura, es decir, vamos a referirnos a las exclusiones, a los sujetos que en general no están tutelados por el sistema de estabilidad. Se plantea, en una primera instancia, la posibilidad de excluir algunos sectores. No todos los sectores laborales tienen que estar necesariamente protegidos por el mismo tipo de estabilidad. Existen ciertos sectores públicos que en muchos países están excluidos. En general se considera lógica la exclusión del personal militar y de los cuerpos armados, así como ciertas áreas del funcionariado. En algunos países la situación es más radical y se excluye, en general, a la Administración Pública del sistema de estabilidad.

En segundo lugar, aún dentro el sector privado, puede haber la posibilidad de excluir ciertas empresas estratégicas, cuya importancia para la vida nacional es tal que la legislación acepta que el sistema de estabilidad

no pueda imponer una restricción a la posibilidad organizativa de tales empresas. Por cierto, que en este aspecto Venezuela presenta una tendencia contraria, ya que la industria más importante del país, la petrolera, al menos teóricamente, de acuerdo con una legislación especial no siempre cumplida, tiene un sistema de estabilidad absoluta que luce rígido frente al sistema de estabilidad relativa revisto por la Ley Orgánica del Trabajo. Por último, una excepción que es más frecuente que los anteriores, acepta que los trabajadores de las pequeñas empresas puedan ser excluidos de la protección de estabilidad o sujetas a una protección menor.

10. Siguiendo con el orden de las exclusiones, hay además ciertas modalidades de contratación excluidas. Ya no se trata de sectores excluidos, sino de que ciertos tipos de contratos laborales están fuera del sistema. El contrato de prueba naturalmente está excluido. Por razones lógicas, si se está probando un trabajador no se le puede dar estabilidad basta tanto no concluya positivamente tal prueba. Las contrataciones eventuales u ocasionales que se dan con frecuencia, por ejemplo, en la agricultura en la época de cosechas, suelen excluirse. Si en este tipo de contratación, hubiese derecho a la estabilidad, no podría haber eventualidad u ocasionalidad, lo cual dificultaría su realización. Es decir, si por querer extremar la protección al trabajador una legislación nacional incluye dentro del sistema de protección a la estabilidad a la contratación eventual u ocasional, lo más probable es que consecuentemente se reduzcan las posibilidades ocasionales o eventuales de empleo que se dan en determinadas ocasiones y con ciertas características. Claro está, una legislación equitativa debería precisar las condiciones requeridas para este tipo de contratos, cuyo uso excesivo puede dar ocasión a formas de fraude laboral.

El contrato por tiempo determinado lógicamente también está excluido del sistema. Las partes desde un principio han convenido en que en un determinado término el contrato automáticamente se va a extinguir, por lo tanto la posibilidad está limitada por los términos del contrato. Así, el contratado tiene el derecho de acudir en defensa de su estabilidad durante el periodo de duración del contrato, si es despedido injustificadamente antes de su vencimiento del contrato. Tal protección es limitada a la duración del contrato, ya que no nace del sistema de estabilidad, sino del propio contrato. Lo mismo ocurre con el contrato para una obra determinada.

Lógicamente el hecho de que existan estas modalidades de contratación excluidas; comporta, dentro de un sistema racional de estabilidad, que existan ciertos límites para la utilización de estas modalidades, a fin de impedir su uso abusivo. Así, algunas legislaciones, reducen las posibilidades de contratar a tiempo determinado o por obra determinadas a ciertas causas, así como limitan el número de prórrogas. Son muy pocas las legislaciones que permiten que los contratas por tiempo indeterminado puedan ser renovados sucesivamente a lo largo de los años sin ninguna limitación, ya que ello podría significar estimular, mediante la vía de una modalidad de contratación excluida» la propia inexistencia del sistema. Sin embargo, las tendencias flexibilizadoras que a partir de los años ochenta en Europa y de los años noventa en América Latina, tomaron cuerpo en diversas legislaciones, ampliaron las posibilidades de uso de este tipo de contratación precaria, para lo cual se ha aducido la finalidad de promover la creación de empleo.

11. Por último, tenemos ciertas categorías de trabajadores excluidos. Ya no se trata de excluir sectores económicos o modalidades de contratación, sino de considerar que ciertos trabajadores, en virtud de las funciones que desempeñan no deberían ser sujetos del sistema de estabilidad. Es el caso de trabajadores de dirección o de confianza.

Son también generalmente excluidos aquellos trabajadores que no tienen un mínimo de tiempo de servicio, ya que las legislaciones suelen otorgar la estabilidad a partir de un cierto número de meses o de años. Esta causal de exclusión no puede ser confundida con la anteriormente referida del contrato de prueba. Así, puede ocurrir que el contrato de prueba en una legislación tenga una duración máxima de un mes, pero que, sin embargo, el trabajador que cumpla ese mes, no tenga el derecho de estabilidad, porque todavía le falten 2 meses o 3 meses más para arribar al mínimo de antigüedad requerido por la ley que tal derecho nazca.

Por último, entre las categorías de trabajadores generalmente excluidos por legislaciones podemos considerar los trabajadores domésticos o los que prestan servicios personales al empleador. Por razones obvias es muy difícil proteger con la estabilidad a una persona que está incorporada a la misma vida familiar o personal de su patrono.

12. En segundo lugar, después de haber planteado el tema de las exclusiones, vamos a referirnos a la necesidad determinar ciertas causas justificadas para la finalización unilateral de la relación de trabajo. Esta materia puede ser objeto de un análisis muy amplio, pero ello excedería los límites del presente trabajo. Solamente vamos a precisar que el sistema de estabilidad debe suponer, en primer término, que las normas aplicables determinen ciertos motivos, generalmente taxativos, que pueden justificar una terminación unilateral de la relación de trabajo. Por razones de seguridad y justicia social no debería otorgarse al empleador la facultad de apreciar subjetivamente la justificación o no del despido.

Tampoco debería una legislación establecer los motivos justificados en una forma muy amplia, como decir, por ejemplo, cualquier otra causa que justifique el despido. En realidad el mayor o menor grado de restricción de los términos con que se definen las causales justificadas corresponderá al criterio propio de cada legislador, pero nunca deberían ser tan amplios que permitan que el ente que en definitiva deba calificar la justeza o no de un despido, pueda actuar de una manera totalmente discrecional. En este sentido, la discrecionalidad es contraria a la estabilidad.

13. Un sistema adecuado de protección a la estabilidad del trabajo debería comprender la regulación de aquellos casos en que la terminación de la relación de trabajo pretende ser fundada por el empleador en motivos económicos o tecnológicos. En la práctica laboral, las situaciones de dificultad económica de la empresa o las necesidades de su reajuste organizativo o tecnológico, suelen determinar que el empleador se plantee la necesidad de despedir un cierto número de trabajadores. En estos casos, no puede hablarse de "causa justa" de despido, en el sentido en que usualmente lo nacen las legislaciones, es decir, de conductas inadecuadas o faltas del trabajador que justifican que el empleador ponga fin a la relación de trabajo. Sin embargo, el hecho de que tales despidos ocurran y que en muchos casos sean inevitables, hace aconsejable que el sistema de estabilidad regule tales situaciones con la finalidad de tratar en lo posible, de armonizar la protección al trabajador con las necesidades económicas y tecnológicas de la empresa. El sistema de estabilidad debe definir el despido económica o tecnológico, establecer los procedimientos que haya lugar para evitar el uso abusivo de los mismos y el tipo de pro-

tección que corresponda a los trabajadores afectados. Usualmente sería recomendable que se determinasen los criterios de prioridad para la selección de los trabajadores a despedir, así como también la preferencia de la que deberían gozar los trabajadores afectados en casos de aumento sobrevenido en la nómina. Un sistema más completo podría comprender normas y políticas de formación y reconversión profesional, para facilitar la re inserción en el mercado de empleo del trabajador despedido.

14. Por otra parte, además de determinar las posibles causas justificadas, el sistema de estabilidad debería establecer que algunos motivos no pueden ser causas justificadas de despido. Por ejemplo, aquellos motivos que supongan discriminación antisindical, como el haber participado en una huelga, formar parte de un sindicato o ser dirigente sindical, no pueden ser causa justificativa del despido, como tampoco pueden serlo motivos de discriminación religiosa, política o de sexo. La circunstancia de enfermedad o de embarazo, no pueden ser causa justificadas de despido. Ahora bien, si una enfermedad impide al trabajador realizar su trabajo, ello podría dar lugar a la extinción de la relación de trabajo, pero no se trataría de un despido, sino de una finalización de la relación laboral por una causa sobrevenida ajena a la voluntad de las partes. En este caso no se trata de una decisión unilateral del patrono la que impide la continuación de la relación de trabajo, sino de la imposibilidad objetiva de que ese trabajador cumpla con sus obligaciones en virtud de su enfermedad. Allí, la tutela otorgada, por el derecho del trabajo cede lugar a la prestada por la seguridad social.

15. El tercer punto a analizar es el alcance de la protección. Esta varía de acuerdo con la legislación nacional de cada país. Tal variación es la que origina las distintas clasificaciones de la estabilidad. Usualmente se habla de sistemas de estabilidad absoluta, de estabilidad relativa, de estabilidad propia o de estabilidad impropia, con lo cual se distinguen los alcances de la protección que otorgan los diferentes sistemas.

En las legislaciones y prácticas nacionales nos encontramos con protecciones de alcance muy variado. La protección más completa, que es la que constituyen los denominados sistemas de estabilidad absoluta, en los cuales no se permite el despido si no hay una previa autorización por el organismo encargado del proceso de estabilidad. En algunos casos,

la ley establece la nulidad del despido si no es justificado y previamente autorizado. En consecuencia, siendo nulo el despido el trabajador debe ser reintegrado y la relación de trabajo se considera como si nunca hubiese sido interrumpida, de manera que la misma surte todos los efectos correspondientes al lapso en que el trabajador estuvo separado en virtud del despido irrito. Otras legislaciones establecen igualmente un sistema de estabilidad absoluta en el sentido de que no permiten el despido sin causa justa y autorización previa, pero no establecen expresamente la nulidad del despido. En estos casos, se ordena el reintegro del trabajador, pero la indemnización que esta debe recibir por haber sido despedido sin causa justa no necesariamente coincide con el montante de los beneficios laborales de que fue privado por el despido injusto, ni su relación laboral necesariamente surte todos los efectos que se hubiesen producido durante el lapso de separación motivado por el despido. Así, es posible que la norma ordene el reintegro del trabajador despedido sin justa causa, le establezca una indemnización con un monto diferente (superior o menor) al de los salarios que dejó de percibir y que establezca que no se produzcan, durante el lapso de separación, algunos de los efectos propios de la relación laboral, como podrían ser, por ejemplo, aquellos derivados del computo del tiempo de separación en la antigüedad de servicios del trabajador.

En Venezuela coexisten ambos sistemas, pues mientras la Constitución Nacional establece la nulidad de los despidos contrarios a la misma (la doctrina ha interpretado que se refiere a los despidos discriminatorios), los Decretos presidenciales de inamovilidad a que haremos referencia de seguida, no establecen la nulidad del despido, sino el derecho del trabajador a su reincorporación y al pago de salarios caídos, habiendo la jurisprudencia decidido que no tiene derecho a otros beneficios adicionales y que para el cómputo de la antigüedad de servicios no se toma en cuenta el lapso de separación. Estos sistemas son cada vez menos frecuentes. Las más recientes reformas legislativas, especialmente las que Perú y en Panamá en 1995 pusieron fin a los sistemas de estabilidad de mayor prosapia en América Latina, hacen de la estabilidad absoluta un sistema excepcional, apenas reservado a ciertos casos de fuero por razones sindicales o por protección a la mujer en casos de gravidez o parto. En Venezuela existe una curiosa situación pues la Ley Orgánica del Tra-

bajo establece un sistema de estabilidad relativa que permite el despido injustificado con pago de una indemnización, pero desde hace varios años el presidente de la República ha venido promulgando decretos que establecen un sistema "provisional" de inamovilidad, que ha sido objeto de constantes prórrogas, según el cual para despedir a un trabajador se requiere un previa calificación de la existencia de un motivo justificado por parte del inspector del trabajo.

Otro tipo de sistema, más generalizado, es el que constituye la denominada estabilidad relativa, a la cual algunos autores niegan el carácter de tal. Sin embargo el sistema está previsto por el Convenio 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo. El que consiste en imponer el pago de una indemnización especial en caso de despidos injustificados. La decisión de que un despido no procede conforme a una justa causa no da lugar, en este tipo de sistema, a un restablecimiento de la relación de trabajo mediante el reintegro del trabajador a su cargo, sino que supone para el empleador que le ha puesto fin sin causa justificada a la relación laboral, el pago de una indemnización. En esta situación pueden presentarse algunas variantes. En algunos países, el mandato del organismo que ha calificado el despido como injusto, es el reintegro del trabajador, pero el empleador, puede sustituir el reintegro, por el pago de una indemnización especial, cuyo monto varía en los distintos países. En otros casos, es el trabajador el que puede optar por el pago de una indemnización. El trabajador, aun habiendo ganado el procedimiento, y teniendo derecho a -ser reintegrado, puede preferir una indemnización económica.

16. Al estudiar el papel que dentro de los sistemas de estabilidad pueden jugar la indemnización, por despido y el reintegro, hay que tener cuidado en no obviar la diferencia entre lo que es una indemnización por despido injustificado y lo que es una prestación de fin de servicio. En algunos países se prevé que al término de la relación de trabajo, el trabajador pueda tener derechos al pago de una determinada cantidad por haber prestado sus servicios por un determinado tiempo. Esa prestación por fin de servicio, en algunos casos, se pierde, total o parcialmente si el despido es justificado. Ahora bien, aparte de esa indemnización por fin de servicio, algunos sistemas prevean una indemnización especial por despido injustificado que es un pago adicional que va más allá de lo que

normalmente corresponde al trabajador, y que constituye una penalidad al empleador que ha despedido sin justa causa. No puede decirse que exista un sistema de estabilidad cuando las normas se limitan a prever una compensación de tiempo de servicio sin contemplar indemnizaciones adicionales en casos de despidos injustificados.

17. Generalmente, el alcance de la protección no se refiere solamente a la declaratoria de improcedencia del despido, con la consecuencia, orden de reintegro o pago de indemnizaciones, según los casos, sino que suele incluir la protección a los ingresos del trabajador que ha experimentado la pérdida de su salario con ocasión del despido injustificado. Varias legislaciones establecen que el trabajador que con motivo de un despido injustificado dejó de percibir sus salarios tiene derecho a que los mismos le sean pagados por el empleador una vez condenado al reintegro o a la indemnización. Esta solución es, en principio, justa cuando la legislación declara la nulidad del despido injusto, siendo lógico que la relación de trabajo mantenga sus efectos, entre ellos el del pago de salario. Sin embargo, en aquellos países en los cuales el despido procede sin previa autorización y el trabajador tiene derecho a solicitar un procedimiento contra, el mismo, se han planteado numerosos problemas en cuanto al montante de las cantidades que el empleador debe pagar en sustitución del salario cuando el despido es declarado injusto. En muchos casos ocurre que el procedimiento dura en la práctica mucho más tiempo que el legalmente previsto, lo que podría dar lugar a que el empleador sufra condenatorias desproporcionadas por conceptos de los usualmente denominados "salarios caídos". Pensamos que el monto de tales "salarios caídos" no puede ser indefinido, pues la finalidad legal es indemnizar al trabajador por el daño que le causó el patrono por haberlo despedido injustificadamente. Si por inactividad procesal del trabajador o por retardo del organismo competente para decidir, el procedimiento se prolonga por más tiempo del establecido en la ley, es obvio que no ha sido el patrono el culpable de tal retardo, razón por la cual no es equitativo que él sea condenado a reparar un daño que no causó. El problema causado por la condenatoria sin límite por concepto "salarios caídos" en países en los cuales el retardo procesal es notable, ha sido uno de los detonantes que han contribuido al derrumbe de algunos sistemas de estabilidad en América Latina.

18. El cuarto tema de este análisis está referido a la necesidad de establecer un procedimiento adecuado para obtener la protección. No basta que una legislación nacional o una convención colectiva crean o establezcan el derecho sustantivo a la estabilidad. Para que el mismo pueda ser realmente alcanzado es necesario que el sistema de estabilidad contempla un procedimiento que permita que en la práctica que se haga efectiva la protección. En cuanto a ese procedimiento podemos señalar también algunas características, que tienen que ver con el tipo de organismo que va a conocer del mismo, con la naturaleza del procedimiento y con las finalidades y efectos del mismo.

19. En primer lugar debe haber un recurso ante un organismo independiente. Ese organismo independiente puede ser de carácter judicial, de carácter administrativo o de carácter privado. Puede igualmente ocurrir que en un mismo sistema de estabilidad coexistan los tres tipos de organismos. Así, por una parte, la legislación puede otorgar competencia al poder judicial para conocer los recursos contra ciertas clases de despidos y a la administración del trabajo para que decida recurso contra otras clases de despido. Por otra parte, independientemente de lo dispuesto por la legislación, las convenciones colectivas pueden establecer organismos privados ante los cuales las partes se obligan a acudir en caso de despidos. En algunos casos, estos procedimientos, son previos pero no excluyentes a los establecidos por la ley. En otros casos el convenio entre las partes implica que el procedimiento privado sustituya al judicial o administrativa. La legitimidad de estos convenios ha sido cuestionada por quienes consideran que el carácter imperativo del derecho del trabajo no permite hacer tal sustitución.

20. En segundo lugar, el procedimiento debe ser breve, concentrado y su conocimiento debe ser fácilmente accesible a las partes interesadas, de manera tal que todo trabajador sepa cuáles son los pasos que tiene que cumplir para obtener la protección del sistema de estabilidad. El procedimiento debe comprender las garantías procesales requeridas por la especial condición de debilidad o hiposuficiencia que caracterizan al trabajador. El trabajador no está en las mismas condiciones del empleador para discutir individualmente su proceso de calificación de despido. Es por ello que normalmente, en la mayor parte de los sistemas de estabili-

dad, la carga de la prueba de la justificación del despido corresponde al empleador y no al trabajador.

21. En tercer lugar, el organismo competente debe tener amplias facultades, tanto para calificar la justificación o no del despido, como para ordenar el reintegro del trabajador cuyo despido ha sido declarado nulo sin causa justa, en su caso, para condenar al empleador al pago de la indemnización que corresponde.

22. Los sistemas de estabilidad en el empleo están tradicionalmente comprendidos dentro de la tutela que el Derecho del Trabajo ofrece a los trabajadores. Pero para que esta tutela al empleo sea eficaz, es necesario que la misma no se limite al establecimiento de garantías a los trabajadores y de responsabilidades a los empleadores, sino que debe estar complementada por cierto tipo de protección prestada por la seguridad social. El seguro de desempleo o paro forzoso, que tradicionalmente ha existido en los países desarrollados y que con limitaciones funciona o existe, en algunos países en vías de desarrollo, comprende generalmente el pago de una pensión mínima y limitada en el tiempo. A este tipo de seguro se han agregado nuevas formas de seguridad social destinadas a garantizar el goce de un ingreso mínimo a la población activa, así como el pago de los créditos los trabajadores en los casos de insolvencia patronal. El Convenio 173 de la OIT de 1992, se refiere expresamente a esta hipótesis.

CONCLUSIONES

23. Para concluir el presente estudio queremos reiterar que la verdadera estabilidad en el trabajo, no está dada en la práctica por ningún sistema convencional o legislativo establecido con este fin, sino por las condiciones económicas de la empresa y la sociedad en general. La preservación y fomento del empleo, es, fundamentalmente un problema económico, para cuya solución es necesario el diseño y ejecución de una serie de políticas sociales, de naturaleza multidisciplinaria y complementarias entre sí, las cuales van desde el ajuste de la economía y el estímulo a la producción hasta la formación profesional y la reorientación del sistema educativo en función del trabajo.

No obstante lo anteriormente señalado, creemos que dentro de esas políticas sociales es importante la existencia de un sistema realista y eficiente de protección a la estabilidad en el empleo, la cual, a pesar de las recurrentes situaciones de crisis y del cambio tecnológico, sigue siendo materia propia de la tutela que el Derecho laboral y la seguridad social deben procurar al trabajador. Pero justamente por ello, y en defensa de estas disciplinas frente a la ofensiva de quienes propugnan su situación por las leyes del mercado, el legislador debe tener conciencia de las limitaciones y de las consecuencias de su acción, pues la experiencia nos demuestra que el sistema de estabilidad mejor concebido teóricamente, podría no funcionar en la práctica si las condiciones sociales y económicas no lo permiten. Asimismo, es posible señalar que normas concebidas para otorgar un alto grado de protección al trabajador, en la realidad pueden constituirse en obstáculo para la permanencia en el empleo y el fomento de la creación de nuevos cargos.

De nuevo, frente al problema del empleo y su protección, la solución no está, como tampoco la está en otras áreas del Derecho del trabajo, en la eliminación de las normas tutelares mediante un proceso salvaje de desregulación que restituya a la autonomía de la voluntad el papel rector que, con nefastas consecuencias sociales, jugó durante siglos, en el establecimiento de las condiciones de trabajo, sino en mantener la existencia, del Derecho laboral y de la seguridad social, pero en una dinámica que combine equilibradamente protección al trabajador con estímulo a la productividad, Justicia Social con adaptación a las nuevas realidades, equidad con eficiencia. En fin, desarrollo económico con respeto a la dignidad del hombre.

Estamos conscientes de que tal acción equilibrada no es fácil, pero entendemos que su búsqueda es un compromiso al cual no podemos renunciar quienes amamos al Derecho del trabajo y creemos que en los principios fundamentales que justificaron su nacimiento y le siguen dando vida.

ESTABILIDAD LABORAL: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL PERÚ

CÉSAR GONZÁLES HUNT(*)

1. El sistema de protección legal frente al despido. 2. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre protección contra el despido arbitrario.

El presente artículo tiene como objetivo exponer el estado actual de la regulación vigente de la estabilidad laboral de salida⁽¹⁾ en el Perú. Empero, es necesario advertir que, al margen de la regulación legislativa,

(*) El autor desea agradecer el inestimable apoyo recibido de Mónica Pizarro Díaz en la preparación del presente artículo.

(1) Como bien señala Javier Neves Mujica: "La estabilidad laboral comprende dos reglas básicas, de las cuales la primera opera al momento de la contratación y la segunda en el de la extinción. La regla "de entrada" consiste en la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, la que se traduce al admitir la celebración de contratos de duración determinada sólo cuando la naturaleza de la labor que el trabajador va a cumplir sea temporal. La regla "de salida" conlleva a la prohibición del despido injustificado, esto es, carente de una causa contemplada en la Ley y acreditada ante un organismo imparcial". NEVES MUJICA, Javier: *La estabilidad laboral en la Constitución de 1993*. En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*, CAJ, Serie de Lecturas sobre Temas Constitucionales, N° 11, PUCP, Lima 1995, p. 47.

desde hace algunos años se ha venido emitiendo en nuestro sistema una profusa jurisprudencia constitucional que ha establecido nuevas líneas interpretativas⁽²⁾, originando un cambio sustancial en el modelo de protección frente al despido existente en el Perú.

Consecuentemente, un análisis del estado de la cuestión en el Perú en materia de estabilidad laboral de salida, no sería completo si no incluyese dicho desarrollo jurisprudencial. Desarrollo que, además, dada su complejidad, ocupará en nuestro caso la mayor parte del análisis a realizar.

En concordancia con lo anterior, las dos primeras secciones del presente trabajo estarán dedicadas a los sistemas de protección frente al despido existentes en nuestro país. Así, la primera tratará de la protección legislativa frente al despido y la segunda al nuevo sistema de protección implementado a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Finalmente, en la sección tercera nos ocuparemos de analizar si la existencia de ambos sistemas es realmente obligatoria a la luz de la Constitución.

1. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN LEGAL FRENTE AL DESPIDO

El derecho a la estabilidad laboral de salida se encontraba regulado en la Constitución peruana de 1979 como un derecho de preceptividad inmediata. En efecto, el artículo 48° de dicho texto constitucional señalaba lo siguiente:

“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”.

Sobre la base de este artículo, se interpretaba “que la medida reparadora del despido sin causa justa podría llegar a anular sus efectos, procediendo, por ello, la reposición del trabajador indebidamente

(2) Por todos véase: QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y MESINAS MONTERO, Federico: *El despido en jurisprudencia judicial y constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

despedido”⁽³⁾. Es decir, se entendía que la Constitución contemplaba expresamente el derecho a la estabilidad laboral absoluta y, por ende, que la reparación frente al despido injustificado debía incluir el derecho del trabajador a elegir ser repuesto en su lugar de trabajo. Mecanismo de protección que se encontraba recogido también en la Ley N° 24514 y en el texto original del Decreto Legislativo N° 728.

Sin embargo, esta situación varió sustancialmente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 que eliminó toda referencia al derecho a la estabilidad laboral y en su lugar se limitó a indicar lo siguiente:

“**Artículo 27.-** La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

En su oportunidad se entendió que esta variación en la regulación constitucional concedía al legislador libertad para establecer cuál era el mecanismo de protección que se consideraría adecuado en caso de despido injustificado, pudiendo optar entre una protección indemnizatoria o una protección restitutoria. Esta interpretación fue sostenida por diversos autores, como puede verse a continuación:

“Creemos que este equívoco precepto debe ser entendido en el sentido de prohibir el despido arbitrario, por un lado, pero permitir al legislador establecer el mecanismo de reparación que considere más adecuado frente a él, por el otro. De este modo, se estaría proclamando el carácter causal del despido y simultáneamente la invalidez del despido libre, aunque admitiendo que pueda optarse por ley entre un sistema de estabilidad absoluta, esto es, con reposición ante un despido injustificado (como la Ley 24514), o relativa, es decir, con indemnización frente al mismo supuesto (como en el fondo sucede en el Decreto Legislativo 728, salvo en el llamado despido nulo). De ser así, como ocurre además generalizadamente en las normas internacionales y en

(3) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: *Las normas laborales del proyecto de nueva Constitución*. En: *Actualidad Laboral*, octubre de 1993, p. 10.

el derecho comparado, el artículo nos parecería razonable en su regulación de una institución tan controvertida”(4).

“La nueva Constitución Nacional omite pronunciarse sobre el tema, dejando al legislador ordinario la precisión sobre cuál es el medio más idóneo para garantizar al trabajador una adecuada protección. Para el desarrollo normativo de la estabilidad, el novísimo texto constitucional nacional, junto con las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, hace una reserva de Ley”(5).

“[...] con el nuevo texto la ley decidirá en qué consiste la ‘protección del trabajador’, siendo factible que establezca niveles inclusive inferiores a los Decreto Legislativo 728”(6).

“Si algún mérito tiene el nuevo texto es su flexibilidad, ya que permite que el legislador adopte, dentro de las cambiantes exigencias de una sociedad en constante mutación, las reglas que mejor reflejen las necesidades en un momento dado”(7).

Con la habilitación concedida por el nuevo texto constitucional, la reforma laboral emprendida inmediatamente después de su entrada en vigencia estableció un sistema de protección frente al despido que reservaba la protección restitutoria (reposición) a ciertos supuestos considerados particularmente graves.

Así, se clasificó a los despidos injustificados en dos grupos:

- (4) NEVES MUJICA, Javier: *Los derechos y principios laborales en las Constituciones de 1979 y 1993*. En: *Revista del Foro*, N° 1, Lima, 1993, p. 47.
- (5) CARILLO CALLE, Martín: *Los derechos laborales en la Constitución Peruana de 1993 y su ubicación en el contexto constitucional hispanoamericano*. En: *Actualidad Laboral*, enero de 1994, p. 6.
- (6) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. cit.
- (7) PASCO COSMÓPOLIS, Mario: *El trabajo en la Constitución*. En: *Ius et Veritas*, Año 4, N° 7, Lima, 1993, p. 31.

- a. Despidos nulos: son despidos basados en causas prohibidas expresamente por la ley, a saber: la discriminación, la afiliación sindical, la condición de representante de los trabajadores o de candidato a serlo, la presentación de una queja contra el empleador y el embarazo.
- b. Despidos arbitrarios: esta categoría incluye los despidos sin causa, los despidos basados en una causa no prevista en la ley (como, por ejemplo, el retiro de confianza), los despidos cuya causa no puede ser acreditada por el empleador, los despidos realizados con omisión el procedimiento establecido por la ley y los actos de hostilidad expresamente considerados por la ley como equiparables al despido.

En este sistema, la protección restitutoria fue reservada para el caso de los despidos nulos, mientras que para el caso de los despidos arbitrarios se estableció una protección indemnizatoria. En este último caso, se ha previsto que el monto de la indemnización equivalga a una remuneración y media por cada año de servicios, con un tope de doce remuneraciones.

Estos mecanismos de protección fueron aplicados prácticamente en exclusividad hasta el final de la década de los noventa, cuando el Tribunal Constitucional empezó a desarrollar las líneas jurisprudenciales que expondremos en el punto siguiente.

2. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

2.1. El inicio de la tendencia: la protección de derechos fundamentales procesales frente al despido

Como se ha indicado, desde la década de los noventa del siglo pasado, el Tribunal Constitucional peruano ha venido declarando, por la vía del amparo, la nulidad de despidos y la consecuente reposición del trabajador afectado por la lesión de derechos fundamentales distintos del derecho al trabajo. En la mayoría de dichos casos el Tribunal consideró que efectivamente se había producido una lesión al derecho al trabajo

entendido en su vertiente de derecho a conservar el empleo, pero que esta vulneración era ocasionada a su vez por la lesión de otro derecho fundamental.

Por esta razón se señalaba que:

“Estamos, entonces, ante actos del empleador que contravienen, expresamente, derechos fundamentales de la persona y, por tal razón, correspondería la tutela mediante una acción de amparo que, de declararse fundada, concluirá en la reposición del trabajador. Más que un despido, entonces, existe una vulneración de un derecho fundamenta”⁽⁸⁾.

Es decir, el Tribunal venía sosteniendo que todo despido lesivo de derechos constitucionales, distintos del derecho al trabajo, debía ser considerado un acto nulo y por ende, en estos casos debía procederse a reponer al trabajador en el empleo.

Esta corriente jurisprudencial se desarrolló hasta el punto en el cual se reconoció como derecho fundamental protegido frente al acto del despido al derecho al debido proceso. Así, en el sétimo considerando de la sentencia de fecha 21 de enero de 1999 recaída en el proceso de amparo seguido por César Cossío y Otros contra Telefónica del Perú (Expediente N° 1112-98-AA/TC) el Tribunal Constitucional indicó:

“7. Que, la tipicidad de la falta y el derecho de defensa, son aspectos constitutivos del debido proceso amparado por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, en la medida que garantizan estándares mínimos de justicia que junto a otros que lo conforman, hace posible una tutela judicial válida y legítima. Por consiguiente, si conforme se afirmó en fundamentos anteriores, el acto de la demandada resultó lesivo de la tipicidad de la falta y del derecho de defensa, es además el derecho al debido proceso, el que ha resultado conculcado.

(8) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: *La inconstitucionalidad de los despidos: un análisis de los criterios del Tribunal Constitucional*, En: *Actualidad Laboral*, diciembre de 2003, Lima, p. 28.

Circunstancia ésta que permite, a este supremo intérprete de la Constitución, reiterar la plena eficacia, erga omnes, de los derechos fundamentales de orden procesal, constitutivos del denominado derecho constitucional procesal, también en el seno de las instituciones privadas –como es el caso de la demandada– en mérito a la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros, del que ellos se hallan revestidos, como todo derecho constitucional; por lo que, en consecuencia, cualquier acto que, dentro de aquel ámbito, pretenda conculcar o desconocerlos, como el de la demandada, resulta inexorablemente inconstitucional”.

Según puede verse, en este pronunciamiento el Tribunal Constitucional determinó que los despidos llevados a cabo sin alegar una causa justa estipulada en la ley ni seguir el procedimiento indicado por el artículo 31 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728) eran lesivos del derecho fundamental al debido proceso, resultando por ello inconstitucionales. Es este pues el origen de la calificación del despido incausado como despido constitucionalmente nulo, basado no en la lesión del derecho al trabajo, sino de los derechos fundamentales procesales.

2.2. La lesión al derecho al trabajo como sustento de la protección

Esta tendencia varió con la sentencia recaída en el proceso de amparo seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú S.A.A (Expediente N° 1124-2001-AA/TC), publicada el 11 de septiembre de 2002⁽⁹⁾. En dicha resolución el Tribunal Constitucional

(9) Con relación a los comentarios efectuados por la doctrina sobre esta sentencia, pueden verse los artículos de: CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos y PIZARRO DÍAZ, Mónica. En: *El derecho a no ser despedido sin causa justa y el derecho a no ser despedido sin causa. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proceso de amparo iniciado por las Organizaciones Sindicales de Telefónica del Perú S.A.*; NEVES MUJICA, Javier: *Los conceptos y los efectos de la sentencia del caso Telefónica*; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: *La ampliación de los supuestos de reposición tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica*. Todos ellos publicados en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 8, N° 49, Lima, 2002.

acogió la pretensión de los demandantes por considerar que en el caso se produjo una lesión a los derechos fundamentales: i) a la libertad sindical y ii) al trabajo. Respecto a este último asunto, el Tribunal inaplicó al caso concreto el segundo párrafo del artículo 34º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que regula el pago de la indemnización como mecanismo de reparación frente al despido arbitrario, por considerar que éste resultaba inconstitucional en la medida que contravendría lo previsto por el artículo 22 de la Constitución que recoge el derecho al trabajo. Los argumentos expuestos por el Tribunal Constitucional en este punto fueron los siguientes:

“12. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.”

Debe considerarse que el artículo 27 de la Constitución contiene un ‘mandato al legislador’ para establecer protección ‘frente al despido arbitrario’. Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

- Se trata de un ‘mandato al legislador’.
- Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
- No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser ‘adecuado’, se está resaltando –aunque innecesariamente– que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27 como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una ‘facultad de despido arbitrario’ hacia el empleador.

Por este motivo, cuando el artículo 27 de la Constitución establece que la ley otorgará ‘adecuada protección frente al despido arbitrario’, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.

[...] lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR, establece que frente a un despido arbi-

trario corresponde una indemnización 'como única reparación'. No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone solo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

- a. El artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.
- b. La forma de aplicación de esta disposición por la empresa demandada evidencia los extremos de absoluta disparidad de la relación empleador/trabajador en la determinación de la culminación de la relación laboral. Ese desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, *pro operario* y los contenidos en el artículo 23 de la Constitución) y, por lo demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43 ('República', 'social') y 3 de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.
- c. La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional.

Si bien, como alega Telefónica del Perú S.A.A., el apartado 'd' del artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, contempla la posibilidad de reparación indemnizatoria, juntamente con la restitutoria, frente al despido arbitrario, debe tenerse en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos enuncia mínimos derechos que siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución conforme lo establece el artículo 4 del propio Protocolo antes citado, ni mucho menos cuando ello conlleva al menoscabo del mismo contenido esencial de los derechos constitucionales. La interpretación de éstos debe efectuarse siempre en sentido dirigido a alcanzar mayores niveles de protección. Es por ello que la doctrina sostiene que los derechos constitucionales han de interpretarse como mandatos de optimización.

Es extensible este razonamiento a lo establecido por el Convenio 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo, que, aunque no ratificado y en calidad de Recomendación, prevé también la posibilidad de protección indemnizatoria frente al despido arbitrario.

Como puede verse del texto transcrito, en esta sentencia el Tribunal Constitucional consideró que es parte del contenido esencial del derecho al trabajo el derecho a no ser despedido sino por causa justa y rechazó la posibilidad de que la indemnización sea considerada un mecanismo de protección adecuado frente a este tipo de despido, aún cuando éste sea admitido por los Tratados Internacionales ratificados por el Perú.

Ante la solicitud presentada por la empresa demandada, el Tribunal Constitucional emitió una resolución aclaratoria de esta última sentencia, presentado una serie de precisiones a la misma. En esta resolución aclaratoria, al referirse a la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 34º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Tribunal varió su fraseo, dejando de referirse a la necesidad de existencia

de una causa justa para dar paso a la exigencia de que exista una causa expresada para el despido. Es decir, hasta aquí sólo se imponía la reposición como mecanismo de tutela en los despidos arbitrarios incausados y no en los despidos que resultan arbitrarios porque el empleador no es capaz de probar la causa alegada.

No obstante, debemos advertir que en nuestra opinión, en un supuesto en el cual el trabajador es despedido sin expresión de causa o expresando una causa que no está legalmente reconocida o por una causa notoriamente falsa, no hay lesión al derecho de defensa posible. Sostenemos lo anterior porque en todos estos casos el trabajador no habrá sido objeto de una imputación razonable susceptible de generar una defensa.

De esta misma opinión es Wilfredo Sanguinetti Raymond, al señalar:

“Que la falta de formulación de la causa del despido o la imputación de una falta sin un mínimo sustento legal o soporte probatorio se encuentre verdaderamente en condiciones de situar al trabajador en una situación de indefensión capaz de afectar al ejercicio de su derecho de defensa en el proceso que iniciará con el fin de obtener la declaración de no conformidad a Derecho del acto extintivo resulta, sin embargo, difícil de convenir. Y es que, ante un cese de tales características, la mejor defensa de este estará constituida, precisamente, por la alegación de dichas circunstancias, ya que será ésta, sin necesidad de ningún tipo de argumentación adicional, la que lo conducirá al éxito dentro del proceso. Es decir, a la declaración del carácter arbitrario del despido. Guardando silencio de la causa de cese o aduciendo una manifiestamente torpe el empleador no lesiona, pues, el derecho de defensa del trabajador”⁽¹⁰⁾.

(10) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: *Derecho constitucional del trabajo*. En: *Gaceta Jurídica*, Lima 2007, p. 107.

2.3. La sistematización de los casos que son objeto de protección

En este marco, el 13 de mayo de 2003, se publicó la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC, que declaró improcedente la demanda de amparo presentada por el señor Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.A. por vulneración del derecho al trabajo. A través de esta extensa sentencia, el Tribunal aclaró su posición alrededor de la posibilidad de que los trabajadores obtengan protección frente al despido arbitrario en la vía del proceso constitucional de amparo⁽¹¹⁾.

En este último caso, el señor Eusebio Llanos Huasco interpuso una acción de amparo contra su ex empleador Telefónica del Perú S.A., por vulneración del derecho al trabajo. El demandante sostuvo que la empresa había afectado su derecho al trabajo al cursarle una carta notarial de despido, imputándole las faltas graves contempladas en los literales a, c y d del artículo 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, las mismas que se habrían configurado cuando el trabajador presentó a la empresa un comprobante de pago supuestamente fraguado para sustentar un cobro por viáticos.

Al respecto, el demandante indicó que es falso que él haya fraguado el comprobante de pago en cuestión y sostuvo que la única prueba que tenía la empresa es el supuesto testimonio del propietario del local que expidió el comprobante, quien ha sido emplazado por el propio trabajador mediante carta notarial refutando su testimonio.

Por su parte, la empresa señaló que no había vulnerado los derechos constitucionales del trabajador, toda vez que el despido se había

(11) Dado el cambio sustancial que esta sentencia generó en nuestro sistema de relaciones laborales, la misma ha sido objeto de numerosos estudios y comentarios. A modo de ejemplo puede verse: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: *El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*; MORALES CORRALES, Pedro: *Derecho al trabajo y despido arbitrario en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional*; PASCO COSMÓPOLIS, Mario: *Los Efectos de la Amparización* y VINATEA RECOBA, Luis: *La adecuada protección procesal contra el despido arbitrario*. En: *VV.AA., Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y provisional*, Academia de la Magistratura-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima 2004.

producido luego de haberse comprobado la comisión de una falta grave y siguiendo el procedimiento establecido en la norma. Además, precisó que, en todo caso, la validez del despido no debe ser cuestionada mediante una acción de amparo, sino en la vía del proceso ordinario laboral. Sobre la base de esta última afirmación, la empresa no aportó inicialmente medios probatorios que permitieran a los juzgadores apreciar la comisión de las faltas graves alegadas. Sin embargo, luego de la vista de la causa presentó como prueba la carta suscrita por el propietario del Hostal Latino, en la que se hace referencia a la sobrevaloración de los comprobantes de pago.

Tomando en cuenta las posiciones expuestas por las partes, el Tribunal resolvió declarar improcedente la demanda, sobre la base de los siguientes argumentos:

- a. El Juez Constitucional a través del amparo puede revisar un despido, en tanto se alegue que se trata de un acto que ha vulnerado derechos constitucionales.
- b. El artículo 27º de la Constitución Política del Perú no reconoce el derecho de los trabajadores la estabilidad laboral absoluta sino el derecho a obtener una "protección adecuada" frente al despido arbitrario. Protección que debe ser determinada por el legislador dentro de un marco de proporcionalidad, de forma tal que ésta resulte realmente "adecuada". Al respecto, el Tribunal considera que esta protección adecuada se manifiesta de distintas maneras:

b.1. A través de una *protección sustantiva*, que a su vez puede ser:

- *Preventiva* (estableciendo unas causas determinadas por las que se puede despedir y un procedimiento previo que permita la defensa del trabajador).
- *Reparadora* (por medio de la indemnización). Al respecto, el Tribunal precisa que la indemnización establecida por la ley constituye una protección adecuada, siempre y cuando el trabajador haya elegido cobrarla. Es decir, está en manos del trabajador decidir si para él la indemnización es o no una protección adecuada y dicha decisión se manifiesta con el cobro de la misma. Por lo anterior, el Tribunal concluye que el artículo

34º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no es inconstitucional.

b.2. A través de una *protección procesal*, cuyos efectos pueden coincidir o ser distintos a los establecidos por el régimen de protección sustantiva y comprende:

- La acción impugnatoria de despido en la vía laboral, a través de la cual el trabajador puede pretender el pago de una indemnización.
- La acción de amparo, por medio de la cual el trabajador puede pretender su reposición en el empleo.

Evidentemente, al considerar entre las maneras en las que puede manifestarse la protección adecuada frente al despido a la protección reparadora, el Tribunal admitió la constitucionalidad del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (que regula el pago de la indemnización por despido arbitrario), aún cuando colocó a su lado otros mecanismos de protección, con el propósito de crear un sistema de reparación válido.

Sobre la base de estos argumentos, el Tribunal Constitucional estableció que la protección procesal del amparo (que acarrea la reposición en el empleo) procede en tres casos:

- *Despido nulo*: en los supuestos establecidos en la Ley Productividad y Competitividad Laboral (despido discriminatorio, despido antisindical, despido como consecuencia de la queja del trabajador y despido durante el embarazo) y cuando el despido tenga por motivo ser portador de VIH o presentar alguna discapacidad.
- *Despido incausado*: de conformidad con lo establecido en el proceso seguido por las organizaciones sindicales de Telefónica del Perú, procederá la reposición cuando se despidiera al trabajador sin expresarle una causa que justifique el cese.
- *Despido fraudulento*: se configura este tipo de despido cuando, aún cumpliendo con el procedimiento establecido en la norma, se imputan al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos

o imaginarios o se alega una causa de despido no establecida en la ley o se produce la extinción de la relación de trabajo por un acto viciado de voluntad, como sucedería en el caso de la renuncia llevada a cabo bajo coacción.

Efectuada esta clasificación, el Tribunal concluye indicando que un despido está viciado de nulidad cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona. Ello en tanto la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye un acto inconstitucional y, por tanto, frente a él el Tribunal debe brindar al agraviado la tutela más amplia disponiendo la cesación del acto lesivo y la privación de todo efecto legal (es decir, la nulidad del despido).

Una vez más, el Tribunal señala que en todos estos casos la protección brindada por el amparo tiene como propósito resguardar la vigencia plena del artículo 22 de la Constitución (que recoge el derecho al trabajo) y derechos conexos, aunque sin precisar que debe entenderse por estos derechos conexos.

Adicionalmente, deben rescatarse de esta sentencia los siguientes puntos importantes:

- Quedó claro que, a criterio del Tribunal Constitucional, en los casos en los cuales, luego de un despido arbitrario, el trabajador proceda a cobrar la indemnización correspondiente se entenderá que ha recibido una protección adecuada y, por tanto, no podrá recurrir a la vía del amparo para solicitar su reposición.
- Se mantuvo el criterio según el cual el despido sin expresión de causa puede dar lugar a la reposición del trabajador por la vía del amparo.
- Se aclaró cuales serían los supuestos de despido fraudulento frente a los cuales el trabajador podría ser repuesto a través del amparo. Estos serían: (i) la renuncia obtenida por medio de coacción, (ii) el despido fundado en hechos evidentemente falsos, inverosímiles o imaginarios y (iii) el despido sustentado en una causa no prevista en la ley.

- Se reafirmó a la indemnización como mecanismo de protección adecuado en los supuestos en que es elegida por el trabajador.
- Se retomó la posición de acuerdo con la cual en los casos en los cuales se requiera de una mayor actuación probatoria para dilucidar si el despido se produjo o no lesionando un derecho constitucional la demanda de amparo será declarada improcedente por estimar que el proceso de amparo carece de una estación probatoria adecuada para este tipo de sucesos. Sin embargo, en estos casos deberán existir pruebas de ambas partes que demuestren que se trata de hechos controvertidos, dado que si sólo una de las partes cumple con aportar pruebas al proceso no existirá controversia que amerite una mayor actuación probatoria y la cuestión podrá resolverse a través del amparo.

Cabe destacar aquí que, de acuerdo a la propia jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional posteriormente, este sistema dual de protección frente al despido no incluye a los trabajadores de dirección y de confianza, toda vez que éstos no tendrían acceso a la reposición por la vía del amparo⁽¹²⁾.

2.4. La continuidad del criterio pese a la regulación del amparo como mecanismo de protección residual

Ahora bien, todos los casos vistos anteriormente fueron resueltos durante la vigencia de la Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, de acuerdo con la cual la acción de amparo constituía una *vía alternativa* a la que podía acudir aún cuando existiera un proceso ordinario que también pudiera ser utilizado para la defensa del derecho vulnerado o amenazado. Es decir, de acuerdo con lo previsto por la norma vigente en ese momento, el amparo podía ser un proceso alternativo a los procesos ordinarios. Por ende, en este sistema resultaba admisible que el Tribunal Constitucional señalase que el trabajador despedido podía optar entre

(12) AREVALO VELA, Javier y YNAMÍ GARCÍA, Subei Larisa: *La protección de los trabajadores de confianza frente al despido arbitrario*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Vol. 13, N° 112, enero de 2008, pp. 29-34.

acudir a la vía del proceso del amparo solicitando su reposición o ir a la vía del proceso laboral ordinario solicitando el pago de una indemnización.

Empero, la Ley N° 23506 quedó derogada el 31 de diciembre de 2004, por efecto de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Constitucional, que implicó la aplicación de un nuevo sistema procesal constitucional. Así, en este nuevo sistema procesal constitucional, el proceso de amparo dejó de ser un proceso alternativo, para ser un *proceso residual*, que solo puede ser utilizado cuando no exista un proceso ordinario a través del cual la persona pueda obtener una tutela igualmente satisfactoria frente a la vulneración o amenaza de sus derechos constitucionales⁽¹³⁾. En consecuencia, la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional permitía esperar que se produjera una restricción respecto a las circunstancias en las cuales los trabajadores pueden acudir a la vía del amparo para solicitar su reposición en el empleo luego de haber sido despedidos.

Es en estas circunstancias que el Tribunal Constitucional expidió la sentencia recaída en el Expediente N° 0206-2005-PA/TC, publicada el 22 de diciembre de 2005, en los seguidos por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. Emapa Huacho S.A., a través de la cual se establece, con calidad de precedente de observancia obligatoria, en qué supuestos procede el inicio de procesos de amparo para la impugnación de despidos.

De acuerdo con lo señalado en el Fundamento 33 de la referida sentencia, los Fundamentos 7 al 25 de la misma constituyen precedente de observancia obligatoria. Es decir, son criterios que deben ser utilizados por los Jueces al resolver procesos de amparo en materia laboral. Al respecto, somos de la opinión que, para los empleadores pertenecientes al régimen

(13) Así, el artículo 5° del Código Procesal Constitucional señala:

"Artículo 5°.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

[...]

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;

[...]"

laboral de la actividad privada, los criterios más relevantes que componen este precedente vinculante se encuentran en los fundamentos siguientes:

7. El Tribunal Constitucional estima que esta nueva situación [la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional] modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Expediente N° 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados.

[...].

9. Con relación al despido nulo, si bien la legislación laboral privada regula la reposición y la indemnización para los casos de despido nulo conforme a los artículos 29 y 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, el Tribunal Constitucional ratifica los criterios vertidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, en el punto referido a su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados.

[...].

16. Por tanto, cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.

[...].

20. [...] aquellos casos que se deriven de la competencia por razón de materia de los jueces de trabajo⁽¹⁴⁾, los actos de hostilidad y aquellos derivados del cuestionamiento y calificación del despido fundado en causa justa que se refieran a hechos controvertidos, mencionados en los puntos precedentes, no serán tramitados en el proceso de amparo, sino en el proceso laboral de la jurisdicción laboral ordinaria [...]. Solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, corresponderá admitir el amparo”.

De los fundamentos transcritos se observa que, si bien el Tribunal Constitucional ha reconocido que el proceso de amparo se convirtió en una vía residual, dicho órgano jurisdiccional continua considerando que los trabajadores pueden recurrir al amparo para impugnar el despido del que pudieran ser objeto en los mismos supuestos señalados en el caso Eusebio Llanos Huasco con Telefónica del Perú, que fue dictado durante la vigencia de la Ley N° 23506 y que ha sido reseñado en el punto precedente. Esta interpretación del Tribunal se asentaría en el hecho de que el Código Procesal Constitucional impide recurrir a la vía del amparo sólo

(14) De acuerdo con lo indicado en el Fundamento 20 de la misma sentencia, estos casos serían:

Impugnación de despido (sin reposición).

Cese de actos de hostilidad del empleador, incluidos los actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia.

Incumplimiento de disposiciones y normas laborales cualquiera fuera su naturaleza.

Pago de remuneraciones y beneficios económicos.

cuando exista otra vía *igualmente satisfactoria* para la tutela del derecho y el proceso laboral ordinario *no sería una vía igualmente satisfactoria* ya que a través de él el trabajador no puede lograr su reposición en el empleo. Inclusive, para los casos en los cuales el trabajador sí puede pretender su reposición en el empleo en un proceso laboral ordinario⁽¹⁵⁾, el Tribunal sostiene que sí es posible acudir a la vía del amparo (en la que se obtendría un idéntico resultado: la reposición del trabajador), indicando que esta última vía resulta más satisfactoria por su celeridad.

De esta forma, los únicos supuestos de impugnación de despido que el Tribunal Constitucional excluye del ámbito del proceso de amparo son los siguientes:

- a. La impugnación del despido cuando se pretenda la indemnización. Lo que no constituye ninguna variación ya que siempre ha sido jurídicamente imposible obtener el pago de una indemnización a través de un proceso constitucional, cuyo único efecto posible es retrotraer el estado de las cosas al momento en el cual se produjo la vulneración o amenaza del derecho fundamental.
- b. La impugnación del despido cuando se trate de situaciones controvertidas que requieren una extensa actuación probatoria. Lo que tampoco constituye ninguna variación, toda vez que los procesos constitucionales carecen de estación probatoria, lo que impide acudir a ellos en este tipo de casos.

De lo anterior, resulta claro que, pese a la oportunidad que brindaba la instauración de un nuevo régimen procesal constitucional, este precedente de observancia obligatoria no contiene ninguna restricción sustancial con respecto a los supuestos en los cuales los trabajadores pueden acudir a la vía del amparo para solicitar su reposición luego de haber

(15) De acuerdo con lo indicado por el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la Ley N° 27050 y la Ley N° 26626, es nulo el despido que tenga por motivo: (i) la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión idioma, por ser portador de VIH o por presentar algún tipo de discapacidad; (ii) desarrollar actividades sindicales o estar afiliado a un Sindicato; (iii) ser candidato a representante de los trabajadores, o haber actuado en condición de tal; (iv) presentar una queja contra el empleador; o (v) estar embarazada.

sido despedidos. Por el contrario, de acuerdo a los criterios establecidos por el Tribunal, continuarán siendo procedentes los amparos en los casos de despidos nulos, incausados o fraudulentos.

2.5. *El contenido constitucional de la protección contra el despido arbitrario y el régimen que de él se deriva*

La única regla interpretativa que no puede extraerse únicamente de la doctrina, sino que es impuesta por la propia Constitución es la contenida en la Cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional, cuyo texto es el siguiente:

“Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Según puede verse, la propia Constitución obliga a que la determinación del contenido esencial de un derecho fundamental se lleve a cabo en concordancia con lo establecido en los Tratados Internacionales sobre la materia que hayan sido ratificados por el Perú. Por esta razón, se señala que dichos Tratados se integran a la Constitución formando un bloque constitucional⁽¹⁶⁾.

Lamentablemente, de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional se observa que este, contradiciendo el mandato constitucional expreso, se ha negado a recurrir a los Tratados Internacionales ratificados por el Perú para determinar el contenido esencial del derecho al trabajo, limitándose a señalar que el contenido asumido por el Tribunal (que incluye el derecho a no ser despedido sino por causa justa) no es

(16) Dicho de otro modo: “De este modo, para establecer el sentido de un precepto constitucional que reconoce un derecho también regulado por un tratado, es indispensable acudir a éste. Surge así una vinculación intensa entre la Constitución y el Tratado, que forma un bloque entre ellos para fines hermenéuticos [interpretativos]. Esta situación equivale desde nuestro punto de vista a una constitucionalización de dichos tratados”. NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. ARA Editores, Lima, 1997.

incompatible con dichos Tratados, toda vez que éstos son un piso que la Constitución puede mejorar. No obstante, en ningún momento se ha determinado cuál es la disposición constitucional que permite sostener que en el caso del derecho al trabajo la norma constitucional contiene una mejora que hace innecesario recurrir al Tratado para la determinación del contenido esencial.

Hasta aquí tenemos que el punto de partida para determinar el contenido esencial del derecho al trabajo debería consistir en la revisión del bloque constitucional, conforme lo manda la Cuarta Disposición Final y Transitoria del texto constitucional. En este sentido, debe recordarse que el Tratado Internacional ratificado por el Perú sobre esta materia es el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, cuyos artículos 6 y 7 señalan lo siguiente:

“Artículo 6

Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7

Condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
- b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
- c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
- d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. *En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;*
- e. la seguridad e higiene en el trabajo;
- f. la prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;
- g. la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos;
- h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales" (el resaltado es nuestro).

De las normas transcritas se observa que el artículo 6 se refiere únicamente al contenido del derecho a obtener un empleo que es sólo una de las partes el derecho al trabajo. Así, la otra cara de este derecho, identificada como el derecho a conservar ese empleo es tratada recién en el artículo 7, que si bien lo reconoce, compatibiliza con este aspecto del derecho al trabajo la posibilidad de que ante un despido injustificado las legislaciones nacionales prevean que el trabajador sea repuesto en su empleo o perciba una indemnización o reciba cualquier otra prestación, lo que podría incluir inclusive la posibilidad de aplicar un seguro de desempleo. Consecuentemente, de acuerdo a los Tratados Internacionales sobre la materia ratificados por el Perú el contenido esencial del derecho al trabajo en su vertiente de derecho a conservar el empleo no lo califica como un derecho absoluto cuya afectación deba ser necesariamente sancionada con la nulidad, sino como un derecho cuya protección puede encontrarse expresamente flexibilizada.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el mencionado literal d del artículo 7 del Protocolo Adicional a la CIDH es una norma de derecho necesario relativo, es decir, que establece mínimos de protección que pueden ser mejorados por las Constituciones o legislaciones nacionales. Sobre este punto debemos indicar que del texto del citado literal d no se desprende que se establezca un mínimo que pueda ser mejorado, sino que resulta claro que en él se recogen todas las opciones posibles a adoptar en el caso de despido injustificado, si bien es cierto unas más protectoras que otras, todas ellas compatibles con el contenido esencial del derecho al trabajo, contenido que, además, es claramente detallado en los propios artículos 6 y 7. De otro lado, aún cuando diéramos por cierto que el mencionado literal d) establece mínimos que pueden ser mejorados por las Constituciones y legislaciones nacionales no existe razón válida para sostener que cuando la norma constitucional señala que "el trabajo es un deber y un derecho" está mejorando el "piso" establecido por el Protocolo Adicional y recogiendo el derecho a no ser despedido sin causa justa como parte del contenido esencial del derecho constitucional al trabajo.

Esta opinión es compartida por Toyama, quien sostiene que:

“[...] el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé que cada legislación determinará la forma de protección contra el despido arbitrario. Pues bien, expresamente, el artículo 7.d del Protocolo Adicional anota que cada legislación establecerá el mecanismo de protección frente al despido arbitrario (reposición, indemnización, seguro de desempleo, etc.). Ante ello el Tribunal Constitucional ha indicado que el Protocolo Adicional no es aplicable pues es una norma mínima que puede ser mejorada por la normativa interna (aplicación de la norma más favorable). Nos preguntamos ¿cuál es la norma más favorable nacional que contempla el derecho a la reposición ante un despido incausado? No existe alguna norma expresa. Más bien, se ha desplazado la norma aplicable (Protocolo Adicional de la Convención Americana) por una interpretación aislada del contenido de la protección adecuada ante el despido incausado”⁽¹⁷⁾.

Por lo tanto, no existe base para sostener que el derecho a no ser despedido sin causa justa forma parte del núcleo duro del derecho al trabajo. Al contrario, interpretado a la luz de los Tratados Internacionales ratificados por el Perú, tendríamos que *el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a conservar el empleo, tiene como contenido esencial el derecho a recibir una reparación en caso de despido sin causa justa, reparación puede ser distinta de la reposición en el empleo*.

La interpretación anterior se ve reforzada si realizamos una lectura sistemática e institucional de la norma constitucional.

(17) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: *Derechos fundamentales de los trabajadores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*, II Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, SP-DTSS, Lima, 2006, p. 187. Igual parecer puede apreciarse de FERRO DELGADO, Víctor: *Unificación de la doctrina jurisprudencial laboral y constitucional*. En: *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*, II Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, SP-DTSS, Lima, 2006, p. 479.

En efecto, una interpretación sistemática⁽¹⁸⁾ del artículo 22 de la Constitución pasa necesariamente por su lectura conjunta con el artículo 27 de la misma que indica que “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Evidentemente, este artículo 27 contiene un mandato al legislador en quien se ha delegado la obligación de determinar cuál será esa protección adecuada. Obviamente, el contenido esencial de ese artículo 27 también debe ser hallado recurriendo a los Tratados Internacionales ratificados por el Perú que, como vimos, recogen entre los mecanismos de protección posibles: la reposición, la indemnización e inclusive cualquier otra prestación.

Consecuentemente, debe admitirse que una lectura sistemática de los artículos en cuestión refuerza la lectura según la cual el contenido esencial al derecho al trabajo incluye el derecho a obtener una reparación en caso de despido injustificado, reparación que bien puede tener la forma de una indemnización.

Por su parte, si realizamos una interpretación institucional⁽¹⁹⁾ encontraremos que, así como la Constitución reconoce el derecho al trabajo

(18) Al respecto, debe recordarse que: “El Tribunal Constitucional ha afirmado que: ‘[] la aplicación e interpretación de las normas constitucionales no debe realizarse aislada-mente sino debe efectuarse de manera sistemática []’.

La interpretación sistemática supone en este caso, que la Constitución es un sistema normativo, y un sistema no puede definirse como un conjunto de partes que se interrelacionan según ciertos principios, de manera que siempre se puede encontrar respuesta a las necesidades normativas para la vida social dentro de dicho sistema, integrando las partes y aplicando los principios. [...].

[El Tribunal] exige que se interrelacionen todos los mandatos constitucionales aplicables y, en el caso específico, que se recurra a los tratados y a la jurisprudencia internacional para hacer ‘un esfuerzo de comprensión del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos, principios o bienes constitucionales comprometidos, para, después de ello, realizar una ponderación de bienes’”. Cita obtenida de RUBIO CORREA, Marcial: *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. PUCP, Lima, 2005, p. 455.

(19) Sobre la interpretación institucional, debe mencionarse que: “El texto constitucional es uno solo, integralmente considerado, y lo importante es extraer la significación normativa del conjunto de instituciones aplicables, no de cada una de ellas aislada de las otras.

Esto significa, en el trabajo metodológico concreto, que cuando abordemos un problema de relevancia constitucional no basta con ir exclusivamente a la norma aplicable. Siempre tendremos que dar una mirada panorámica a la Constitución, ver que otras instituciones están relacionadas con el caso y armonizarlas todas para encontrar la verdadera norma aplicable”. *Ibidem*, p. 81.

como derecho fundamental, también establece que en el Perú existe una economía social de mercado (artículo 58), la misma que incluye la garantía a la libertad de empresa (artículo 59), cuyo contenido ha sido determinado por el propio Tribunal de la siguiente manera:

“Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipo de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

- En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis infra.
- En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros.
- En tercer lugar, está la libertad de competencia.
- En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno”⁽²⁰⁾.

Como puede verse, la libertad de empresa incluye la libertad de contratación de personal. Consecuentemente, desde un punto de vista institucional, resulta razonable suponer que la Constitución admita mecanismos de reparación flexible que, frente a los supuestos de colisión entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo, no lleven necesariamente a la continuación compulsiva del contrato de trabajo como mecanismo de reparación.

(20) Sentencia recaída en el Expediente N° 3208-2004-AA/TC.

De lo dicho hasta aquí puede concluirse lo siguiente:

- El contenido esencial del derecho al trabajo no incluye el derecho a no ser despedido sin causa justa, sino en derecho a obtener una reparación en caso de despido incausado.
- La Constitución admite que la reparación frente al despido incausado pueda ser (a opción del legislador) tanto la reposición como la indemnización.
- Los despidos incausados o fraudulentos no afectan el derecho al debido proceso.

Por lo tanto, debe admitirse que el régimen de protección establecido por el artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que contempla como único mecanismo de reparación frente al despido arbitrario (sea este incausado o no) resulta acorde con la Constitución.

Paralelamente, no siendo el derecho a no ser despedido sin causa justa parte del contenido esencial al derecho al trabajo, el despido incausado (o fraudulento) no debe considerarse lesivo del derecho al trabajo. Consecuentemente, no existiendo tampoco en estos casos lesión al derecho al debido proceso, no existe en realidad ningún derecho constitucional lesionado que justifique recurrir a la vía del amparo. Es decir, frente a la ausencia de lesión a un derecho constitucional, en el caso de los despidos meramente incausados o fraudulentos la protección debe limitarse a la indemnización prevista en la ley y no extenderse a la reposición a través del proceso de amparo.

Mitología y patología en
el Derecho del trabajo

MITOLOGÍA Y PATOLOGÍA EN EL DERECHO DEL TRABAJO

DE LOS PRINCIPIOS A LA REALIDAD

AMAURO MASCARO NASCIMENTO

En primer lugar, quiero dejar en claro que no me gusta hablar de mí. Parecería pretencioso. Pero tengo que hacerlo. El Derecho del trabajo ocupa gran parte de mi vida.

Las primeras impresiones que tuve del Derecho del Trabajo cambiaron mi dirección profesional. Yo era un abogado de defensa del Estado. Mi especialidad era el Derecho penal. Tenía gran entusiasmo en pesquisar el Derecho penal. Después de cuatro años pasé a sentir gran fascinación por el Derecho del trabajo. Postulé al cargo de juez laboral, en São Paulo, y fui nombrado como Juez Adjunto de la Justicia Laboral brasileña.

Después que presidí algunas audiencias y examiné algunos casos, empezó mi contacto con la patología en el Derecho del trabajo. Presenciaba las inquietudes de los empleados y las irregularidades de las empresas. El sesenta por ciento de los casos beneficiaban a los trabajadores. El restante se dividía entre conciliaciones y condenas de las empresas.

La imagen que construí fue de la formalidad, de los procesos, de los documentos no siempre verdaderos, de los testigos no siempre sinceros y de los testigos no siempre convincentes.

Fue así durante seis años.

Después ha empezado mi vida de profesor en la Universidad de São Paulo. Se inició un nuevo período. Fue de mayor reflexión.

Hay diferencia entre el conocimiento del juez y el conocimiento del profesor. Como juez aplicaba la ley y la jurisprudencia. Como profesor pensé en la razón de ser del derecho del trabajo.

El juicio es el *locus* de los conflictos. En él está la patología de la vida real. A la vez que la mitología también. La enseñanza es el *locus* de las ideas.

En otro período fui consultor jurídico del Ministerio del Trabajo. Pude ver otro lado de la cuestión social. Creé proyectos de ley, representé el Ministerio del Trabajo en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente de la Constitución de 1988, sentí como es la comprensión del Derecho laboral por el político. Ese era el otro lado del derecho del trabajo: su realidad.

Una de las experiencias fue en los debates de la Constitución.

El diputado líder del gobierno en el Congreso me pidió, por teléfono, una propuesta de texto para la reforma laboral en la Constitución.

Le pregunté: ¿para cuándo?

El me respondió: para mañana por la mañana en mi residencia, en Brasilia.

Pasé toda la noche y parte de la madrugada escribiendo el texto.

Entendí que una Constitución debería ser principiología y no normativa.

Y logré hacerlo.

Elaboré un texto de principios, con las directrices que deberían presidir el ordenamiento jurídico.

Por la mañana, muy determinado y muy afligido, me dirigí al local de entrega.

Al llegar, en la sala mayor estaba casi toda la cúpula política de mi país. Unas treinta personas. Fui recibido por el líder. Él me presentó a un senador de la República. Era un médico.

Representaba en el Senado a un estado del norte de Brasil.

Después de las presentaciones, el senador tomó mi texto y junto con otros tres o cuatro políticos se reunió en un rincón. Mi presencia en el rincón no fue solicitada. Me sentí como un reo culpable.

Después de veinte minutos, llegó el veredicto.

Me dijo el senador:

- El texto es bueno, pero no incluyó en la Constitución ningún derecho para las empleadas domésticas. Mi partido político tiene un compromiso con otro partido para tener a su apoyo, y por tanto tenemos que incluir, por lo menos, veinte derechos de las empleadas domésticas en la Constitución.

Respondí:

- Senador, no tengo nada en contra las empleadas domésticas. Sin embargo, no es tema que deba incluirse en la Constitución de un país. Si fuera así, todas las profesiones sin protección también tendrían un texto profesional en la Constitución. No es lo que dice la buena técnica jurídica. El tema está debajo de la Constitución en nivel infraconstitucional.

El me dijo:

- Profesor, esta Constitución no será construida con las teorías jurídicas, sino con el sudor de entendimientos entre los partidos políticos.

Muy educadamente le dije que nada más me quedaba por hacer.

Y es así que la Constitución de 1988 de Brasil es la primera en el mundo, no sé si para bien o para mal, en tener veinte derechos para las empleadas domésticas.

Mi empleada doméstica no tiene veinte derechos.

Por cierto, no sé si ella sabe cuántos derechos tiene.

Como profesor jamás logré explicar a los estudiantes por qué la Constitución de Brasil tiene veinte derechos para las empleadas domésticas.

Como profesor leí todo lo que pude.

Viaje a algunos países.

Conocí todo lo que fue posible de otros sistemas de derecho: el europeo, el de Norteamérica y de Sudamérica.

Aprendí que la realidad es algo mayor que la posibilidad de su plena comprensión.

Algunos conceptos me quedaron muy claros. Otros, no tanto.

Me quedó claro que comprender es ordenar los hechos sociales o históricos según sus conexiones de sentido y conocerlos en nuestra subjetividad. Y, también desarrollar juicios de valor que se componen con los juicios de realidad. Estos dos conceptos no son idénticos. Unos, los juicios de valor, son los imperativos de justicia. Otros, juicios de realidad, son las exigencias del derecho. Justicia es una cosa. Derecho es otra. El sistema de normas puede ser injusto. Pero está vigente.

El concepto de justicia, buscado desde Aristóteles y la Ética de Nicomaco, sigue siendo una atrayente búsqueda que nos lleva al jusnaturalismo que no todos aceptan, o a la axiología y el mundo de los valores. En otras palabras, al universo desconocido, pero existente. Nos resulta un universo mitológico. Quién no siente los valores. Quién no tiene sus valores. La filosofía del derecho es el estudio inconcluso del concepto de justicia.

El idealismo jurídico resuelve el problema de los frenos que se deben imponer a los efectos nocivos de un sistema jurídico injusto. Las leyes injustas no deben ser cumplidas, es la enseñanza del tomismo.

El concepto de derecho y de la justicia está en una correlación finalística. La finalidad del derecho es la realización de la justicia.

El positivismo reduce la justicia a la validez de la norma. No se preocupa de saber si la norma jurídica es justa. Se contenta con saber si la norma está vigente y en conformidad con las prescripciones formales del ordenamiento jurídico. Los dos conceptos son distintos, porque en éste basta ver si la norma es válida, y no si es también justa.

Como el propósito del derecho es la justicia, el concepto de derecho se conecta al juicio de valores. Valoriza lo justo y recusa lo injusto.

Lo que buscamos es un camino que nos lleve a encontrar mecanismos que permitan la realización de un derecho justo. Esa posición recibe, al

mismo tiempo, elogios y críticas del derecho en general. Cómo corregir la injusticia de algunas leyes, ya que no hay duda de que algunas leyes laborales son injustas.

Hoy, la mayoría de los positivistas no afirman que son totalmente indiferentes a lo justo.

El positivismo sociológico tiene la función de ver si el derecho es eficaz, si funciona en la sociedad. Es derecho lo que efectivamente es aplicado en la vida en sociedad

Pienso que *el derecho no es un mito. El derecho del trabajo no es un mito.*

La mitología ha ocupado un papel importante en las civilizaciones.

Su remota comprensión proviene de Evêmero (Siglo IV a.C.).

Para él los mitos llevan a los orígenes de los dioses. Serían como recuerdos de las hazañas de aquellos en la Tierra antes de su transposición hacia la divinidad.

El Derecho del trabajo no es un ser.

Es un deber-ser.

Los mitos son alegorías de los fenómenos de la naturaleza que los seres humanos intentaban comprender. Hoy, los mitos son considerados como modelos que permiten a los seres humanos integrarse en la realidad. Esa es la concepción de la Psicología Analítica. Para Jung, los mitos son narraciones de encuentros arquetipos. Para él, el hombre es un creador de mitos. Si el hombre moderno oprime el aspecto mítico de su ser, carece de propósito y significado de la vida.

Yo prefiero ver en los mitos un *sueño colectivo*. Así como una persona tiene sus sueños, el inconsciente colectivo tiene sus mitos.

El Derecho del trabajo no es un mito. Su realidad es cultural.

Se coloca en un proceso histórico-social que desarrolla la magia de su nacimiento y de sus transformaciones. Nace de la implicación entre los hechos sociales y los valores. De esa tensión entre lo objetivo y lo subjetivo surgen las normas jurídicas. Estas se alteran en un proceso dialéctico. No de la dialéctica materialista. Su dialéctica es de la implicación y de la polaridad.

El hecho motriz fue la Revolución Industrial del Siglo XVIII.

Los valores que tensionaron a su evaluación inicial fueron las cuestiones obreras y la explotación del hombre por el hombre.

Sus primeras normas fueron protectoras.

El mismo proceso dialéctico continúa en nuestros días.

Cambiaron los hechos, los valores y las normas. Ahora, los hechos son la economía de mercado y sus efectos.

La economía de mercado es incapaz de resolver el problema social.

Los medios de producción industrial también han cambiado. Forma parte del pasado la importancia del taylorismo, del fordismo y del toyotismo.

La competencia entre las empresas ha dado lugar a una feroz lucha por reducción de los costos.

La globalización las extendió a la multinacionalidad.

La descentralización de sus actividades las fraccionó.

Las actividades que podrían ser descentralizadas, lo fueron. Y así siguen siendo.

El rango de valores de la época contemporánea está presidido por una preocupación de justicia social. Pero ella, si es comprendida como la justicia distributiva y económica, de reducir las desigualdades entre los que tienen más y los que tienen menos recursos económicos, nos llevará a buscar la solución más allá de las fronteras del Derecho del trabajo.

El criterio de la nomogénesis del sistema normativo del trabajo está fundado en un trinomio.

La justicia social es aquella que considera las necesidades de los trabajadores, las posibilidades de la empresa y los intereses del bien común. Es una vieja fórmula. Proviene de la doctrina social de la Iglesia Católica.

No toda legislación laboral es justa.

El Derecho laboral puede ser justo o injusto.

Es un deber-ser y, como tal, con falibilidad.

Al sociólogo, los hechos; al filósofo, las ideas; al jurista, los hechos, los valores y las normas que reúnen esas dimensiones de vida, los hechos, las ideas y las normas.

Carecen de valor científico los conceptos que desequilibren la relación entre las tres dimensiones unificadas por el Derecho.

Sociología y Derecho son dos dimensiones que se interrelacionan. La superposición del hecho y la ignorancia de la norma desagregarían el Derecho laboral.

En otras y muy simples palabras, la norma es un pedazo de la vida social recogido por la norma jurídica. Los valores no son mitos. Son realidades culturales históricamente puestas y alterables.

Es mi comprensión del Derecho del trabajo.

MITOLOGÍAS Y PATOLOGÍAS EN EL DERECHO DEL TRABAJO: DE LOS PRINCIPIOS A LA REALIDAD

ROLANDO MURGAS TORRAZZA

1. Mitología, mito. Conceptos. 2. Patologías. Concepto. 3. La importancia de los principios. 4. Mitologías y metas (¿utopías?). 5. Clases de mitos en el Derecho del trabajo. 6. Los mitos rotos por el Derecho del trabajo. 7. Mitologías generadas en la aplicación del Derecho del trabajo. Antiguas y nuevas cuestiones. 8. Viejos mitos para atacar al Derecho del trabajo. 9. Los nuevos mitos para destruir el Derecho del trabajo. Los del neoliberalismo, la flexibilización, la globalización y el cambio tecnológico. El regreso de los demonios. 10. Las patologías en el Derecho del trabajo

1. MITOLOGÍA, MITO. CONCEPTOS

Al desarrollar el presente tema es menester precisar algunos conceptos previos, así como esclarecer la intencionalidad que gravita o se sugiere para el mismo. Es lo que pretendemos en los primeros puntos de este trabajo. Para ello, iniciamos con una referencia a lo que habría que entender como mitología y mito, antes de enlazar la cuestión en el Derecho del trabajo.

En el lenguaje corriente, por mito suele entenderse una arraigada idea o creencia colectiva, en el fondo errada y sin fundamento, pero a la cual suele darse una gran importancia o relevancia, frecuentemente desde el punto de vista religioso. En ese sentido, el Diccionario Sopena nos señala su origen en el prefijo griego *mithos*, que indica "fábula, falsedad, mentira". Asimismo, lo describe como "fábula, ficción, tradición alegórica, por lo común de carácter religioso" y por extensión "cosa inverosímil"⁽¹⁾.

Desde la perspectiva judeo-cristiana occidental, suele aludirse como mitos a las bases de otras religiones, entendidas como paganas, incluidas, además de otras, las precristianas (como la griega y la romana) y las de pueblos primitivos, con ideas politeístas o animistas.

Los mitos históricamente estructurados han dado lugar a la llamada *mitología*, de *mythos* (fábula) y *logos* (tratado). Así, se hace referencia a la historia "de los dioses y héroes del paganismo"⁽²⁾.

En sentido similar, para la Real Academia Española mitología es "el conjunto de mitos de un pueblo o de una cultura, especialmente de la griega y romana". Un segundo significado que consigna es simplemente el de "estudio de los mitos"⁽³⁾.

De mayor riqueza son los significados que la Real Academia Española atribuye a la expresión *mito*. Recoge los siguientes significados⁽⁴⁾:

"Narración maravillosa situada fuera del tiempo histórico y protagonizada por personajes de carácter divino o heroico. Con frecuencia interpreta el origen del mundo o grandes acontecimientos de la humanidad".

"Historia ficticia o personaje literario o artístico que condensa alguna realidad humana o de significación universal".

(1) Gran Sopena, Diccionario Ilustrado de la Lengua Española, Editorial Ramón Sopena, S. A., Barcelona, 1982, T. II, p. 1811.

(2) Loc. cit.

(3) Real Academia Española. Diccionario Usual, en <http://buscon.rae.es/draeI>.

(4) Loc. cit.

"Persona o cosa rodeada de extraordinaria estima".

"Persona o cosa a las que se atribuyen cualidades o excelencias que no tienen, o bien una realidad de la que carecen".

En especial la mitología griega, aún mucho después de quedar desarraigada del ánimo del pueblo que le dio vida y de quienes la adoptaron cambiando los nombres de los mismos dioses (los romanos), ha ejercido una enorme influencia a lo largo de la Historia, alimentando hasta hoy la literatura y el lenguaje culto de la civilización occidental. De este modo, la mitología alcanza mitos en los cuales ya nadie o casi nadie cree, pero que se quedaron como punto de referencia e inspiran el pensamiento y el habla humanos. En su momento se trató de creencias, para nosotros erradas, pero que hoy resultan de necesaria referencia.

Tenemos que entender, entonces, para los efectos del presente trabajo, que las mitologías en el Derecho del trabajo, como conjunto de mitos, han de representar creencias, ideas o paradigmas infundados o carentes de base real, que gravitan o han gravitado en torno a la aplicación de esta disciplina. Hacemos notar que la denominación del tema tiene que ver con los mitos *en* el Derecho del trabajo y no con los mitos *del* Derecho del trabajo, cuestión que resulta fundamental, porque de haber sido un llamado a un enfoque neoliberal, que no lo es ni podríamos cumplirlo, habría representado una invitación al análisis de los supuestos dogmas carentes de sustento real, sobre los que se supone que, en dicho enfoque, descansaría erradamente el Derecho del trabajo. Enhorabuena, que hablemos, como lo haremos, de las mitologías *en* y no *del* Derecho del trabajo.

2. PATOLOGÍAS. CONCEPTO

El significado propio de patología viene del griego *pathos* (afección o enfermedad) y *logos* (tratado)⁽⁵⁾.

(5) Gran Sopena, Diccionario Ilustrado de la Lengua Española, Editorial Ramón Sopena, S. A., Barcelona, 1982, T. III, p. 2070.

Para la Real Academia Española, por un lado, *patología* es "la parte de la medicina que estudia las enfermedades" y, por el otro, es el conjunto de "síntomas de una enfermedad"⁽⁶⁾.

Los conceptos anteriores en realidad nada dicen sobre la extensión del vocablo a usos figurados, situación relativamente extendida. Sin embargo, la Real Academia Española recoge el empleo en sentido figurado de la expresión *patología social*⁽⁷⁾.

Por extensión, entonces, el vocablo hace referencia a prácticas o actitudes torcidas, perniciosas, de mala fe, carentes de ética o violatorias de la ley.

De allí que para nosotros las patologías en el Derecho del trabajo vienen referidas a las prácticas que distorsionan duramente la intencionalidad de las normas, en especial las que tienen que ver con las bases esenciales de la protección. Al mismo tiempo, comprenderían la formulación legislativa de dispositivos gravemente contrastantes con los principios del Derecho del trabajo.

De alguna manera, ciertos tipos de patologías, en especial las que se alimentan de cuestionamientos al Derecho del trabajo y plantean el alejamiento de sus principios, son generadas por la creencia infundada en mitos ideológicamente interesados.

3. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS

Como ciencia jurídica autónoma, el Derecho del trabajo dispone de una doctrina y de principios propios, que lo separan del Derecho común. Estos principios están a la base, informan e inspiran la legislación y, por ende, orientan o deben orientar al legislador. Además, son herramientas útiles para la hermenéutica o interpretación y para la integración normativa.

La monumental obra sobre los principios del Derecho del trabajo del maestro Américo Plá Rodríguez, verdadero clásico de la literatura

jurídica, ha sido sin duda el mejor esfuerzo de sistematización y desarrollo conceptual del tema.

Sin sus propios principios, equivalentes en sus funciones a los que a toda la ciencia jurídica son los principios generales del Derecho, nuestra disciplina no habría llegado a su significación histórica. Los fundamentos de tales principios surgen de la ruptura de mitos de vieja data tanto en el Derecho como en la Economía. Parte de esa ruptura se centra, precisamente, en la identificación de lo que ocurre en la realidad material, con sus cargas de desigualdades y vulnerabilidades.

Hablar de los principios supone, desde luego, tener presente que ellos surgen de constataciones materiales y de la quiebra de concepciones puramente formales de la igualdad y la libertad. En el fondo puede afirmarse que es la realidad misma la que impone los principios, o sea, que podemos ir de la realidad a los principios.

Gran importancia, frente a la simulación y el fraude en materia laboral, cobra el principio de primacía de la realidad, que hace prevalecer la naturaleza misma de lo que ocurre en la realidad material, por encima de lo formalmente expresado.

Más que suponer la existencia de principios equivalentes a mitos, incompatibles con las posibilidades reales, el Derecho del trabajo enfrenta las angustiosas brechas entre norma y realidad, no porque en términos generales postule en sus principios lo imposible, sino por la ilegítima resistencia a cumplir y a hacer cumplir con lo debido. Allí es donde entran las *patologías* y desde esa perspectiva es que puede hablarse de ir *de los principios a la realidad*.

Lo anterior no implica olvidar que los profundos, rápidos y constantes cambios tecnológicos y científicos, así como las nuevas relaciones económicas internacionales, imponen al Derecho del trabajo el reto de su adecuación a los nuevos escenarios, sin el sacrificio de la esencia de lo que demandan sus principios, que mantienen su indispensable vigencia. Es precisamente la salvaguarda de los principios lo que garantizará la función que le cabe en la sociedad a un Derecho del trabajo que, después de la arremetida neoliberal, se yergue, lame sus heridas y demuestra una vez más su necesidad y pertinencia. El aterrador reinado del mercado ni hizo iguales a los hombres, ni le garantizó, en sentido material, su libertad.

(6) Real Academia Española. Diccionario Usual, en <http://buscon.rae.es/draeI>.

(7) Loc. cit.

4. MITOLOGÍAS Y METAS (¿UTOPIÁS?)

Hay que separar los mitos propiamente tales de las metas, aspiraciones y deseos colectivos. En la historia de los pueblos hay espacio para la construcción de sueños y esperanzas en un mundo, actitudes o condiciones de vida diferentes a las que se tienen. Con seguridad, muchos de ellos serán en su momento irrealizables o, más aún, podrían responder a un ideal inalcanzable.

Es allí donde se abre un lugar para las llamadas *utopías*, que, al expresar deseos colectivos, puede pensarse que forman parte de las mitologías sociales. No es necesariamente cierto. Con suma precisión, al Real Academia Española define la *utopía* como: "Plan, proyecto, doctrina o sistema optimista que aparece como irrealizable en el momento de su formulación"⁽⁸⁾.

En fin de cuentas si el hombre no hubiese tenido y mantenido sus sueños, en el sentido real de la palabra, no habría habido progreso y cambios sociales. Se sueña no cuando estamos durmiendo, sino cuando, despiertos, construimos anhelos y esperanzas, con el uso combinado de la razón y los sentimientos. Podríamos afirmar que la Historia en verdad comienza cuando en una noche perdida en el tiempo, al asomarse fuera de su caverna, alguien, mirando el firmamento, comenzó a hacerse preguntas. Es el comienzo de la búsqueda de las explicaciones racionales y científicas, así como del gradual y en ocasiones rápido abandono de los mitos originados en los temores y en lo inexplicable.

Sin las luchas por ideales, tildados tantas veces de utópicos, no habríamos llegado adonde estamos. El imperio de la razón destruyó los mitos alimentados por el fanatismo y la ignorancia. ¿Qué habría ocurrido sin la tozudez reflejada en el célebre *e pur si muove* de Galileo; sin la persistencia de científicos quemados en la hoguera; y sin la quiebra, por la Revolución Francesa, del dogma o mito del derecho divino de los reyes!

Las llamadas *utopías* no necesariamente han representado *mitos*, carentes de fundamento actual o de posibilidades futuras. No todo está escrito y nunca llegaremos al final de la Historia.

(8) Loc. cit.

Las anteriores reflexiones se dirigen a establecer una conclusión: el Derecho del trabajo requiere de adecuadas dosis de *utopía*, que no pueden tildarse alegremente de *mitología*, todo ello sin que pretendamos negar la necesidad básica de su afincamiento en la realidad económica y social.

5. CLASES DE MITOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Como hemos expresado al inicio de este trabajo, no se trata de analizar una mitología generada por el Derecho del trabajo, integrada por principios y mecanismos carentes de fundamento o de posibilidades de realización.

En este sentido, desarrollaremos en adelante la siguiente clasificación:

- Mitos rotos por el Derecho del trabajo.
- Mitos generados en la aplicación del Derecho del trabajo, antiguos y nuevos.
- Viejos mitos para atacar o descalificar al Derecho del trabajo.
- Nuevos mitos para destruir el Derecho del trabajo.

6. LOS MITOS ROTOS POR EL DERECHO DEL TRABAJO

El Derecho del trabajo tiene como puntos de partida la ruptura o quiebra de lo que, visto desde la realidad material, resultan mitos de vieja data. Y es en esa ruptura donde, a su vez, descansa su separación del Derecho común.

La aparición del Derecho del trabajo provocó una nueva concepción del Derecho, en la cual se quebraron los mitos de la igualdad jurídica de los contratantes y de la autonomía de la voluntad.

Esta nueva concepción abrió paso a la figura del contratante protegido y a las profundas limitaciones que la disciplina introdujo a la libertad de contratación. Pretender, como lo exigen los neoliberales, la vuelta a los principios clásicos del Derecho privado, supondría, ni más ni menos, la desaparición del Derecho del trabajo.

Con fundamento en lo anterior, comentamos lo que consideramos mitos rotos por el Derecho del trabajo.

6.1. *La igualdad de los contratantes*

En la base misma del Derecho privado ha gravitado el dogma de la igualdad jurídica de los contratantes, de manera que el sistema debe tratarlos como dos iguales, con idéntica capacidad y fuerza de contratación.

La carga ideológica igualitaria del revolucionario francés, que tanto aportó a la Humanidad, se expresó en el plano jurídico en el Código Civil Napoleónico, que al construir lo que se creyó un modelo de perfección jurídica, tomó las instituciones heredadas del Derecho romano y pretendió utilizarlas con el paradigma de la igualdad.

Las concepción de los derechos sociales, que llegó mucho más tarde, demostró que no bastaba proclamar la igualdad y suponer su existencia, para que las relaciones económicas en la sociedad pudieran garantizarla efectivamente. Se superó entonces la errada idea de que si todos los hombres eran iguales, también lo eran cuando contrataban.

Al enfocar la igualdad desde el punto de vista material, el Derecho del trabajo rompió el mito de la igualdad jurídica de los contratantes e introdujo la figura del contratante jurídicamente protegido, por ser, generalmente, el más débil.

La ruptura del mito de la igualdad entendida en términos puramente formales, se ha proyectado incluso en la concepción del proceso y abre paso al Derecho procesal del trabajo, construido sobre bases diferenciadas del Derecho procesal clásico.

Ya Couture, en palabras inolvidables, hacía alusión a la irrupción de un Derecho procesal del trabajo con sus propios principios:

“El Derecho procesal de tipo individualista es insuficiente e injusto para los conflictos derivados de la relación de trabajo. Un nuevo Derecho procesal, extraño a todos los principios tradi-

cionales, sin exceptuar uno solo de ellos, ha debido surgir, para restablecer, mediante una nueva desigualdad, la igualdad perdida por la distinta condición que tienen en el orden económico de la vida los que ponen su trabajo como sustancia del contrato y los que se sirven de él para la satisfacción de sus intereses”⁽⁹⁾.

La idea de la igualdad de los contratantes conduce a la de la igualdad de los litigantes, lo cual viene a alimentar la construcción misma del debido proceso. Sin igualdad procesal se vulneraría entonces el debido proceso. Esto, sin embargo, no es plenamente aplicable al proceso laboral. Así como el Derecho del trabajo rompió la idea de la igualdad formal de los contratantes e introdujo la figura del contratante más débil, objeto de protección especial, así también en el proceso laboral, como postulaba Couture, se generan desigualdades procesales para compensar las de orden material.

Plena vigencia ostentan las magistrales y visionarias palabras del maestro uruguayo, para quien el Derecho procesal liberal individualista se apoya en el “presupuesto de que los hombres son iguales entre sí en el orden jurídico”, pero que la actividad industrial generó un nuevo feudalismo que fue “separando a los hombres en dos categorías opuestas en el orden del Derecho”. De esta manera, el Derecho procesal del trabajo “es un Derecho elaborado totalmente con el propósito de evitar que el litigante más poderoso pueda desviar y entorpecer los fines de la justicia”⁽¹⁰⁾.

6.2. *La autonomía de la voluntad y la libertad de contratación*

Al enmarcarse la regulación del trabajo asalariado en la vieja figura del Derecho romano del arrendamiento de servicios, el punto de partida, además del dogma de la igualdad de los contratantes, fue el de la autonomía de la voluntad, expresada en la libertad de contratación.

Este modelo jurídico en el fondo resultaba congruente con la idea libertaria del revolucionario francés. De esa manera, si los hombres fueron

(9) COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho procesal civil*. Depalma, Buenos Aires, 1979, T. I, p. 288.

(10) *Ibidem*, pp. 272, 275 y 276.

formalmente proclamados como libres, cuando entraban en cualquier escenario de contratación debían tener plena libertad de pactar las condiciones y cláusulas que estimasen convenientes.

Debe recordarse que la Revolución Francesa armó su base ideológica en el derrumbe del *ancien regime*, que descansaba en el absolutismo monárquico y en una sociedad dividida formal y jurídicamente en clases. Las ideas revolucionarias no estaban dirigidas a enfrentar lo que luego fue el *capitalismo salvaje*, para el cual la primera Revolución Industrial estaba iniciando los cambios estructurales sobre el cual dicha forma de capitalismo impuso su reinado de explotación y abusos.

Las llamadas *libertades clásicas*, heredadas de la Revolución Americana y de la Revolución Francesa, se construyen principalmente desde la perspectiva de la relación entre el individuo y el Estado, como lógica contraposición a la intolerancia política y religiosa y al absolutismo monárquico. En cambio, los derechos sociales enfocan las relaciones de las personas o los grupos, no solo frente al Estado sino también respecto de otros sectores de la sociedad. Estos derechos implican la introducción, bajo un concepto distributivo de la justicia, de correctivos sociales que conducen a protecciones especiales de sectores que se encuentran en desventaja desde el punto de vista material.

De allí la conocida diferenciación actual entre derechos humanos de primera generación y derechos humanos de segunda generación.

Para proteger al trabajador, frente a su discapacidad en la contratación, la intervención del Estado se dirige a limitarle su propia libertad en sentido formal, pero como una manera de proteger su libertad en términos materiales. Con esa limitación se le libera de la condición de víctima de la *dictadura contractual* de su contraparte.

La libertad de contratación no es más que el simple traslado al plano jurídico de las reglas del mercado a la determinación de las condiciones de trabajo.

Si bien para determinadas posiciones religiosas resulta admisible que en virtud del concedido libre albedrío se hace al ser humano dueño y responsable de sus actos y las consecuencias de los mismos, en el

escenario contractual no hay cabida para pasar por alto la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el trabajador y dar por sentado que el contrato es el cabal resultado del ejercicio del libre albedrío.

En la realidad social y económica no reinan plenamente la bondad, el desprendimiento y las buenas intenciones. Unos y otros somos una combinación de defectos y virtudes. El hombre es capaz de vencer los instintos primarios que pueden conducirlo a posiciones desprovistas de solidaridad o cargadas de agresividad y llegar al altruismo o a la propia heroicidad. Por otro lado, la conducta humana no se rige solo por la pura racionalidad, también cuentan las emociones y los instintos, entre estos últimos los que impulsan el egoísmo, que pueden en determinadas circunstancias prevalecer sobre otros instintos socialmente positivos.

El afán de lucro, pieza esencial del sistema del cual adquiere su legitimidad, puede llegar a manifestaciones *patológicas*, contrastantes con los valores formalmente proclamados como necesarios para la convivencia social. Por ello, el Derecho debe construirse de manera tal que sea útil para impedir los desbordes abusivos, originados en una posición de fuerza económica y en la carencia de valores apropiados.

Lejos de ubicarnos en una posición maniqueísta, podemos resaltar que el Ariel de *La tempestad* de Shakespeare, totalmente bueno e inocente, no se ha encontrado todavía. Las utopías de sociedades regidas por la bondad, son parte de la literatura. En lo ideológico, el hombre naturalmente bueno al cual las relaciones económicas hicieron egoísta, no surgió de las fracasadas experiencias del socialismo real. Desde el punto de vista ideológico para algunos o muchos será un ideal todavía alcanzable, que requerirá de otros ensayos de mayor autenticidad. Para otros, es la muestra del fracaso de las utopías políticas.

Del mismo modo, el empresario tampoco es la pura y simple representación del Ariel. Como todos, tiene tanto de Ariel como de Calibán. Frente a eventuales conductas abusivas del empleador, el Estado tiene el deber de proteger al más vulnerable de la relación contractual.

Como acotación interesante, podemos resaltar que, en nuevas perspectivas, la conocida obra de Shakespeare ha sido objeto de reinterpretaciones, en clave ideológica, que ponen a Calibán no como el ser

cuasi animal, sino como el que es capaz de rebelarse contra su amo, en contraste con la sumisión del Ariel que acepta su destino.

6.3. Los mitos derivados de la concepción del Estado y la economía

Desde sus orígenes y durante todo su desarrollo, el Derecho del trabajo ha tenido que enfrentar los mitos que, hasta la aparición del Estado intervencionista, moldearon el papel del Estado y la forma de entender la economía.

Entre esos mitos, que sólo cabe identificar, están:

- El Estado no debe intervenir, sino limitarse a cuidar sus fronteras y garantizar el orden público interno.
- La intervención del Estado en las relaciones económicas es perturbadora. Una mano invisible ordena el mercado y garantiza el necesario equilibrio.
- La competencia perfecta.
- La soberanía del consumidor.

7. MITOLOGÍAS GENERADAS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO. ANTIGUAS Y NUEVAS CUESTIONES

En realidad no pensamos que sea apropiado utilizar la expresión de mitos en referencia a una eventual falta de soporte en la realidad de determinados mecanismos de protección del trabajador.

Más bien tal referencia podría dirigirse y entenderse así el uso de la expresión, a las situaciones que derivan de la conocida brecha entre norma y realidad, no porque se trate de cuestiones inalcanzables, sino porque representan una falta parcial o importante de concreción en la realidad social.

Es obvio que la falta de cumplimiento de la normativa laboral hace que sus principios y sus mecanismos de aplicación sean vistos por sectores interesados como parte de una suerte de mitología que debe transformarse o erradicarse.

Más allá de las resistencias de siempre a los modelos de protección social, es importante que el Derecho del trabajo, sin descuidar el sentido de lo posible, persista en postular y defender lo que pueda verse como no realizable a plenitud en su momento, sobre todo porque para que pueda serlo se requiere de un cambio de valores y de actitudes. Por el hecho de que existan enormes márgenes de explotación del trabajo infantil, de discriminación en el trabajo, de violaciones a la libertad sindical y de ausencia de trabajo decente, no puede renunciarse a la lucha por el deber ser, que ha marcado toda la historia del Derecho. Por algo Ihering nos hablaba de la *lucha por el Derecho*.

7.1. ¿Todavía el Derecho del trabajo tiene entre sus características la de ser expansivo?

Por mucho tiempo se ha afirmado que una característica del Derecho del trabajo era la de ser expansivo. Su ámbito de aplicación iniciado con la protección de obrero industrial, fue expandiéndose constante y progresivamente, hasta alcanzar a los trabajadores de oficina, de comercio, agrícolas, a domicilio, domésticos, en actividades fuera de la empresa (vendedores, por ejemplo), educadores, artistas, músicos, deportistas, etc.

Sin duda, hasta hace algunas décadas era visible la existencia de ese carácter expansivo. Se llegó a plantear que el destino de la disciplina era proteger toda clase de prestación personal de servicios, hasta llegar al trabajo autónomo.

En términos reales, el Derecho del trabajo ha estado perdiendo, de manera creciente, su poder de protección de los trabajadores, entendidos estos en su acepción amplia. Un Derecho del cual, por mucho tiempo, sus teóricos resaltaban el carácter *expansivo*, que lo llevaba al aumento constante (tan constante que también se decía que, en parte por eso, era *inconcluso*) de la intensidad de su cobertura, asiste hoy a una merma de su protagonismo, en circunstancias en que el aumento galopante de la pobreza y de las situaciones de necesidad, aún con las opiniones contrarias del triunfante y también ya decadente neoliberalismo, exigen el fortalecimiento y la extensión de sistemas de protección social y económica.

En la actualidad se identifica una tendencia a la reducción del marco de aplicación del Derecho del trabajo, que muchos aprovechan para restarle su pertinencia e importancia en la vida social.

Esta reducción obedece a diversos factores, entre ellos el crecimiento del sector informal, el cambio tecnológico, las nuevas formas de organización empresarial, la precarización del empleo, la llamada *desregulación salvaje* y, sobre todo a nuestro juicio, la simulación, el fraude a la ley y las abiertas violaciones a las normas que determinan la existencia de la relación de trabajo y la condición de empleador. Parte de estos factores constituyen verdaderas *patologías*.

Se ha llegado a hablar de una posible *crisis de la subordinación*, como elemento delimitador entre la relación de trabajo y el trabajo autónomo. En realidad estimamos que más peso tienen en las situaciones de *fuga o escape* del Derecho del trabajo, las situaciones de simulación y fraude, que la propia insuficiencia de la subordinación. Es un error pensar que la subordinación sea un concepto estático, sin elasticidad y siempre con los mismos grados de intensidad. El poder que en virtud de la subordinación tiene el empleador, puede ejercerse incluso mediante la utilización de mecanismos virtuales de fiscalización y dirección. Tan es así que el teletrabajo puede darse tanto como trabajo autónomo como en condiciones de subordinación.

Por otro lado, solo es parcialmente cierto que el Derecho del trabajo se construyó sobre la idea de la subordinación jurídica. En realidad, fueron las situaciones de desventaja material y de necesidad económica, las que, con el soporte de la *subordinación o dependencia económica*, inspiraron y fundamentaron ideológica y teleológicamente el Derecho del trabajo. Es de allí que arranca la figura del *contratante más débil*, jurídicamente protegido. Sin embargo, fue necesario, ante variadas situaciones de desventaja y de necesidad económica, ubicar una línea divisoria, que se encontró directamente en la subordinación jurídica, en circunstancias en que era más claro identificarla y en que las áreas de frontera se deslindaban con mayor facilidad. Esa línea divisoria era absolutamente necesario encontrarla, dado que —ante la magnitud impresionante del trabajo asalariado, concentrado en gran parte en la industria— no estaba

en el ánimo de sus promotores llevar la nueva disciplina, al menos en sus momentos iniciales y de consolidación, a la regulación de toda clase de prestación de servicios personales.

La necesidad de protección de trabajadores no cubiertos por el Derecho laboral, ha provocado la adopción de estatutos o normativas (España e Italia, por ejemplo), con contenidos parcialmente equiparables a los del trabajo subordinado. Frente a estas soluciones surgen planteamientos en dirección al rescate del poder de atracción o carácter expansivo del Derecho del trabajo, en el sentido de que son preferibles las soluciones de protección integral, porque esas normativas separadas podrían alentar la comentada fuga del Derecho del trabajo y la utilización de la simulación para eludir su aplicación.

De esta manera, en un sentido u otro pareciera volverse a una retoma del carácter expansivo del Derecho del trabajo, ya sea informando las normativas de protección del trabajo autónomo o bien incorporando plenamente dicho trabajo al ámbito de cobertura de la disciplina.

7.2. Situaciones de persistencia en la distancia entre norma y aplicación real

Hay una serie de paradigmas esenciales para la realización de los principios que informan al Derecho del trabajo, que, no obstante, solo encuentran una parcial o limitada vigencia real. Como ya expresamos, no debemos plantearnos que ante tales situaciones el camino a seguir sea el de renunciar o debilitar los niveles de protección que se espera algún día alcanzar a plenitud.

El Derecho del trabajo también se nutre de lo que actualmente no es posible obtener, pero tampoco puede ser sustituido por una actitud de impotencia en obtener el cumplimiento de la ley o cumplir necesarias metas de justicia.

En este orden de ideas, podemos mencionar algunas situaciones frente a las cuales, desde hace mucho tiempo, hay marcadas distancias entre norma y realidad. No puede decirse que constituyen mitos, por

el solo hecho de que hasta ahora no sean plenamente realizables. Sin embargo, desde una posición crítica pudieran, por las mismas razones, dar lugar a afirmaciones en el sentido de que son parte de una mitología.

- Igualdad y no discriminación en el trabajo.
- Protección del trabajo infantil.
- Salario mínimo.
- Libertad sindical.

7.3. *Nuevas situaciones que comprometen la efectividad de los principios del Derecho del trabajo*

Además de temas como los anteriormente mencionados, derivadas de las tendencias flexibilizadoras o de la abierta violación de la ley, se pueden advertir algunas cuestiones que comprometen la efectividad de los principios y postulados del Derecho del trabajo, que mencionamos a continuación.

- La quiebra, al menos parcial, de la preferencia por la contratación indefinida, preferencia que es expresión del principio de continuidad. Esta quiebra se da como consecuencia de las reformas que favorecen la contratación temporal.
- La reducción de los sistemas de protección en contra del despido injustificado, con lo cual se debilitan el principio protector y el de continuidad.
- El trabajo no es una mercancía, en virtud de que se haya dado legitimidad legal al suministro de mano de obra.

A lo anterior se agregan lo que, más allá de su necesidad y pertinencia, podemos identificar como una exageración de la efectividad del diálogo social, en países en los cuales en la realidad no hay una debida e integral vigencia de la libertad sindical. Se da lugar con esto a una suerte de *mitología*.

8. VIEJOS MITOS PARA ATACAR AL DERECHO DEL TRABAJO

Desde sus inicios, el Derecho del trabajo ha tenido que enfrentar posiciones que esgrimen verdaderos mitos para descalificarlo o hasta para intentar destruirlo.

Es obvio que, si pudiesen escoger, en general los empleadores preferirían ubicar las relaciones jurídicas con sus trabajadores, en el ámbito del Derecho civil o del Derecho comercial. Tal opción, les evitaría el cumplimiento de normas mínimas de protección, tanto económicas como de otra índole (limitaciones al poder de despedir, por ejemplo); suprimiría las obligaciones de seguridad social; no tendrían mayores controles ni fiscalización en cuanto a condiciones de trabajo y cumplimiento de la ley o de los contratos; y, lo que es de enorme trascendencia, les sustraería de los fenómenos colectivos (relaciones con los sindicatos, negociación colectiva y huelga).

Es igualmente cierto que el Derecho del trabajo supone una fuerte dosis de intervención del Estado, cuestión que ha encontrado fuertes resistencias ideológicas.

En su contra hay una verdadera mitología, que contiene afirmaciones recurrentes pretendidamente paradigmáticas, que no encuentran asidero en la realidad, como las que señalamos a continuación.

- Es mejor dejar que las partes en el contrato acuerden libremente lo que estimen conveniente, salvo los límites propios de las normas de orden público. Impedirles que lo hagan es atentar contra el ejercicio de la libertad.
- La protección laboral y social genera desempleo.
- La protección laboral provoca la generación e introducción de tecnologías sustitutivas de mano de obra. Se olvida que las tecnologías la genera la perpetua inventiva humana y que su introducción deriva de las exigencias de eficiencia y de competitividad.
- El Derecho del trabajo no se preocupa por los desempleados.
- La protección de la maternidad afecta el empleo de las mujeres.

- Las cargas económicas laborales desalientan la inversión.
- Un amplio poder de despido incentiva la eficiencia del trabajador.
- Los niveles de productividad dependen fundamentalmente de las actitudes de los trabajadores frente al deber de prestar el servicio.
- El salario mínimo es una forma de subsidiar a los trabajadores ineficientes, en perjuicio de los más eficientes.

9. LOS NUEVOS MITOS PARA DESTRUIR EL DERECHO DEL TRABAJO. LOS DEL NEOLIBERALISMO, LA FLEXIBILIZACIÓN, LA GLOBALIZACIÓN Y EL CAMBIO TECNOLÓGICO. EL REGRESO DE LOS DEMONIOS

Ciertamente, el Derecho del trabajo rompió mitos seculares, con lo cual si se quiere exorcizó a los demonios de la mitología que impedía la protección de los más vulnerables en las relaciones sociales y económicas. En las últimas décadas regresaron los antiguos demonios, antes exorcizados.

Lo que ocurre en la actualidad es que, con el pretexto de las exigencias de competitividad, que nadie duda que son reales, se introducen modalidades contractuales dirigidas a disfrazar las relaciones de trabajo, con un ropaje civil o mercantil, en circunstancias en que en las mismas, quien trabaja se encuentra en una situación de necesidad y de desventaja y, por ello, carece de poder de negociación. Todo esto sostenido por reformas desreguladoras o por la simple tolerancia o incapacidad de fiscalización.

Lo cierto es que no solo el cuestionamiento del Derecho del trabajo, sino también el de la seguridad social, responden a un mismo enfoque ideológico, dirigido a desmerecer los sistemas sociales de protección del trabajo y a sacrificar la solidaridad social⁽¹¹⁾.

En realidad, a lo que asistimos, es a los intentos sostenidos –y en gran parte triunfantes– dirigidos a eludir la aplicación de la legislación

(11) Nuestra afirmación no significa que no entendamos la necesidad de ajustes y adecuaciones en el Derecho del trabajo, que no impliquen ni su desnaturalización ni su desaparición.

laboral o a *trasladar la condición de empleador* a otras personas o empresas (por ejemplo: intermediarios, contratistas, subcontratistas, empresas de trabajo personal). En uno u otro caso, lo que se produce es la desprotección total (incluida la de la seguridad social) o la disminución de los niveles de protección.

El escenario de una economía globalizada, con las caracterizaciones propias de las nuevas relaciones económicas, alimentadas por las ideas neoliberales, está convirtiendo el trabajo humano en un simple factor de costos. Así, la preocupación fundamental frente a las exigencias de eficiencia y competitividad, se resume muchas veces en la reducción del costo del trabajo por hora.

El dilema se extiende a la competencia entre países, de manera tal que, frente a las exigencias de mínimos de protección, resulta difícil precisar –en lo que puede ser una manipulación interesada– el límite entre el auténtico *dumping social* y nuevas formas de proteccionismo comercial.

En la discusión flexibilizadora se presentan frecuentes planteamientos que representan un cuestionamiento frontal del Derecho del trabajo y de su función de protección.

De allí que Bronstein resalte que los cuestionadores del llamado “garantismo”, sustituyeran cada vez más la expresión Derecho del trabajo por la de reglamentación del mercado de trabajo y que las connotaciones sociales del primero “pasaron a la condición de vicios allí donde antes eran virtudes”⁽¹²⁾.

Del mismo modo, Plá Rodríguez nos recuerda cómo la técnica flexibilizadora se ha apoyado exitosamente en la simpatía de la palabra “flexible”, frente a la antipatía de las palabras de signo opuesto (rigidez, intransigencia, dureza)⁽¹³⁾.

(12) BRONSTEIN, Arturo: *Avances y retrocesos en la evolución de la legislación laboral en América Latina*. En: *XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Panamá 1997, T. III, p. 318.

(13) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo: *Impacto de las políticas de ajuste en el Derecho laboral*. En: *Ajuste económico y política laboral*. Compilador: Martín CARRILLO. Centro de Estudios Regionales Andino Bartolomé de las Casas, Cusco, 1993, pp. 23 y 24.

La globalización es parte de los temas que, como la reconversión empresarial, la apertura de los mercados, la flexibilización del trabajo y la privatización, acertadamente, Óscar Hernández Álvarez indica que suponen una especie de “mitología social y económica”, por la forma “absoluta y hasta dogmática” en que suelen postularse. Se acentúa tal consideración, en la medida en que las políticas sociales inspiradas en la mencionada “mitología”, persiguen “agotar las fórmulas de solución a los problemas y circunstancias de realidades nacionales que difieren grandemente de aquellas que le dieron inspiración”⁽¹⁴⁾.

Luego de que el Derecho del trabajo y la seguridad social apuntalaron la existencia del capitalismo, cuando ya los neoliberales pensaron que no les resultaba útil, se postuló la vuelta al mercado, el abandono del intervencionismo del Estado, la desregulación laboral, el regreso a la autonomía de la voluntad, se estigmatizó al llamado Estado de Bienestar y se trató de descalificar la necesaria función del Derecho del trabajo en la sociedad. Del mismo modo, se intentó arrinconar a los laboristas y crearles una suerte de sentimiento de culpa, para obtener de ellos el abandono de su posición de defensa del Derecho del trabajo.

En este escenario, reducciones simplistas pretenden circunscribir las causas de la informalidad a la corrupción y a las trabas burocráticas, con olvido de la marginalidad social y económica, así como de la incapacidad estructural del sistema de generar suficientes empleos.

Como resultado de los factores enunciados en esta parte de nuestro trabajo, la mitología a que alude Hernández Álvarez, podría recogerse en lo siguiente:

- Los principios e instituciones del Derecho del trabajo ofrecen rigideces que frenan la inversión y la generación de empleos.
- La desregulación es una forma necesaria de flexibilización.
- Hay una crisis del intervencionismo y del principio *pro operario*.

(14) HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar: *Reconversión empresarial, flexibilización y privatización. Sus efectos en las relaciones de trabajo*. En: *Thémis*, 2ª etapa, Colegio de Abogados del Estado de Lara, septiembre-diciembre, Barquisimeto, 1996.

- El Derecho del trabajo es una de las causas principales de las crisis económicas.
- Para generar empleo hay que precarizarlo.
- La crisis de la subordinación como elemento delimitador es la causa principal de la *fuga o escape* del Derecho del trabajo, con olvido de los efectos de las reformas desreguladoras y de las prácticas de simulación y fraude.
- Al reducirse su ámbito de cobertura, ya el Derecho del trabajo perdió su importancia.
- Para alentar la inversión y la generación de empleos, así como para ser eficientes y competitivos en un mundo globalizado, hay que reducir drásticamente el costo por hora de la mano de obra.

10. LAS PATOLOGÍAS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Las prácticas violatorias de los mecanismos de protección de los trabajadores, así como las reformas que sacrifican la esencia de los principios que informan al Derecho del trabajo, dan lugar a lo que pueden llamarse verdaderas *patologías*, contra las cuales hay que construir sistemas defensivos.

La antes apuntada necesidad de bajar los costos de producción para lograr competitividad, conduce a que, como señalan Ermida Uriarte y Hernández Álvarez⁽¹⁵⁾, se invoquen “reales o presuntas necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo, pero sin duda buscando o teniendo como efecto la colocación de un trabajador fuera del ámbito de aplicación del Derecho laboral”.

Estas exigencias se hacen más fuertes en el contexto de las frecuentes y “permanentes” crisis que vive la mayoría de las economías de América Latina.

(15) ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar: *Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación*, ponencia presentada al IX Encuentro del Grupo de Bologna, Barquisimeto, del 12 al 14 de octubre de 2000.

Para lograr lo anterior, agregan los citados autores, “se recurre a múltiples modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, descentralización y deslaboralización de la relación de trabajo, que se han difundido desmesuradamente: contratación de trabajadores a través de un tercero, celebración de contratos de trabajo en la forma de contratos civiles o comerciales, constitución de una empresa real o ficticiamente como autónoma con trabajadores hasta ese momento dependientes de la principal, contratación con cooperativas, declaración legal de que determinados trabajadores pasan a ser ‘trabajadores independientes’ si se inscriben como tales en un determinado registro, presunción legal de que determinados trabajadores son autónomos o aún empresas (‘empresas unipersonales’), etc.”⁽¹⁶⁾.

De este largo elenco que hacen Ermida Uriarte y Hernández Álvarez, comprensivo de múltiples ejemplos de “deslaboralización”, se pueden diferenciar de otros componentes, la adopción de normas francamente desreguladoras, como producto en algunos casos de la llamada “desregulación salvaje”, conforme a la cual, por un lado, se dice simplemente (el legislador puede hacer casi cualquier cosa) que quienes antes eran considerados trabajadores, en ese momento y para el futuro dejarán de serlo. No se trata, como es fácil advertir, que la naturaleza de las cosas haya cambiado. Es que al legislador se le ocurrió dejar de proteger⁽¹⁷⁾.

En lo que se refiere a ciertas modalidades de “externalización” de servicios, conviene hacer dos precisiones. Una cosa es que en ciertos servicios, por la aparición de empresas de prestación de servicios especializados, pueda aceptarse como jurídicamente válido que suministren a otras empresas esos servicios, sin ánimo de fraude laboral y conservando las primeras, plenamente, la condición de empleadoras y de responsables pecuniariamente. Es el caso de ciertos servicios especializados, como los de vigilancia o seguridad, aseo y hasta los de mensajería. Otra cosa

(16) Loc. cit.

(17) A título de ejemplo, véanse los casos de Panamá, en 1985, para los trabajadores a domicilio; y en 1995 para muchos vendedores, cobradores y corredores de seguros. Igualmente en España, en 1992, para administradores y consejeros, agentes, representantes mercantiles y cierta clase de transportistas.

es que, al calor de las tendencias a la descentralización de la estructura productiva, en abierta violación a las normas existentes, o sea, como una auténtica patología, se pretenda simplemente crear empresas “satélites” (lo que por sí solo no sería necesariamente malo, si no se aprovechara para “deslaborizar”), con la característica de que integralmente responden al giro de actividad de la empresa principal; o, peor aún, que se “vista” de empresarios a antiguos trabajadores, para utilizarlos como una forma de desligarse de la titularidad de la relación de trabajo, de las responsabilidades patrimoniales y de provocar una abierta disminución de la protección laboral. Si las nuevas estrategias empresariales imponen esos modelos de descentralización productiva, el Derecho del trabajo no tiene por qué cambiar sus principios y sus normas para avalar la desprotección.

Podemos resumir de la siguiente manera las principales y actuales patologías en el Derecho del trabajo, tanto las provocadas por ciertas prácticas empresariales como las derivadas de reformas de la legislación laboral.

- Extensión del trabajo clandestino, que hace ineficaces el principio protector y los demás principios del Derecho del trabajo.
- La desregulación salvaje, que reduce la eficacia del principio protector.
- Extensión de hecho y de Derecho de la contratación temporal, que incluye la omisión de la exigencia de la llamada causa objetiva para la validez de la cláusula de duración temporal. Con esto se mediatiza la eficacia del principio de primacía de la realidad y la del principio de continuidad.
- Extensión abusiva de las formas *patológicas* de subcontratación, intermediación y externalización, mediante actos simulados, con olvido del principio de primacía de la realidad.
- Utilización de cooperativas para eludir la condición de empleador y la responsabilidad por las obligaciones laborales, con lo cual se afecta la eficacia de los principios protector y de primacía de la realidad.

- Extensión de hecho y de Derecho del suministro de mano de obra, sacrificando en gran medida la vigencia del principio protector.
- Explotación de la mano de obra infantil.
- Adopción de sistemas normativos con intencionalidad de afectación o restricción del ejercicio de los derechos colectivos.
- Extensión de las prácticas antisindicales y en contra del ejercicio de los derechos colectivos.

PARADIGMAS DEL DERECHO DEL TRABAJO ANTE LAS EXIGENCIAS DE CONSTANTE ADAPTACIÓN

VÍCTOR FERRO DELGADO

1. Introducción. 2. El andamiaje protector del Derecho del trabajo. 3. Irrenunciabilidad *vs.* negociación colectiva. 4. Condición más beneficiosa *vs.* adecuación. 5. Estabilidad *vs.* contratación modal y subcontratación. 6. La dinámica del Derecho del trabajo y la capacidad de adaptación de la negociación colectiva.

1. INTRODUCCIÓN

La globalización, el libre comercio, la demanda de mayor competitividad, la crisis financiera internacional, el desempleo, entre otras circunstancias, constituyen parte de los desafíos propios de la realidad económica y social contemporánea que impactan sobre el Derecho del trabajo.

Los principios básicos del Derecho del trabajo fueron contruidos sobre el criterio de protección al trabajador. Ese principio no puede ser soslayado, a riesgo que nuestra disciplina pierda su razón de ser. Corresponde a un supuesto incontestable que en la relación entre trabajador

y empleador subyace un elemento de desigualdad que exige del Derecho una respuesta destinada a atenuarla. De ahí el carácter tuitivo del Derecho laboral conforme al cual se ha construido un andamiaje protector constituido sobre normas indisponibles, la fiscalización de su cumplimiento por parte del Estado y el ejercicio de derechos colectivos.

Sin embargo, fue el Estado el que se adjudicó el rol preponderante en la generación de los derechos laborales. Ello resultaba natural en una etapa inicial. Correspondía al Estado el rol generador de normas imperativas que eviten que la relación de trabajo pase a ser una explotación del hombre por el hombre o que el estado de subordinación del trabajador, inherente a toda relación laboral, trastoque su naturaleza para asignar al empleador facultades que afecten la dignidad del trabajador. De esta forma, y como señalaba Otto Kahn-Freund, el propósito fundamental del Derecho del trabajo ha sido constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es inherente a la relación de trabajo, esto es, compensar la distinta capacidad económica y social de las partes en el contrato de trabajo⁽¹⁾.

Empero, ello no puede dejar de lado el hecho que el Derecho del trabajo no puede agotar su enfoque en una perspectiva meramente tuitiva. Nuestra disciplina debe también justificarse dentro de un punto de vista económico y no pasar a ser un factor de desmotivación en la generación de empleo formal, ya que de ser así se habría deslegitimado, contribuyendo a que vastos sectores de la población no accedan a un empleo en el que se reconozcan derechos laborales básicos.

Este contexto demanda la revisión de algunos paradigmas que inspiran nuestra disciplina, tales como la heteronomía, la progresividad y la irreversibilidad de los derechos laborales de contenido económico. Contrasta este paradigma con la realidad económica vigente en países del tercer mundo en los que, en diversos supuestos, costos laborales inviables para amplios sectores empresariales han pasado a constituir un factor que alienta la informalidad.

(1) KAHN-FREUND, Otto: *Trabajo y Derecho*. Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1987, pp. 48-59.

En esta difícil dicotomía es que surge el debate entre la necesidad de adaptación del Derecho del trabajo a las exigencias económicas propias de nuestro tiempo y la preservación de su rol fundamental, cual es el de compensar el desequilibrio entre las partes del contrato de trabajo.

Este debate se extiende al ejercicio de derechos colectivos. Concebidos para la defensa y promoción de los derechos de los trabajadores, hoy se le plantea que juegue un rol relevante en las exigencias de adaptación del mercado de trabajo a las coyunturas económicas.

Sin embargo, antes que la negociación colectiva, ha sido el Estado el que asumió una actuación intensa en la generación de derechos laborales, incluso respecto de aquellos de claro contenido económico, cuyos destinatarios eran todos los trabajadores y todos los empleadores, como si todos estos últimos se encontrasen en igual capacidad de asumirlos.

Cuando la realidad económica derivada de consecutivas crisis de mayor o menor magnitud evidenció que resultaba impostergable reevaluar los costos laborales que afectaban la competitividad, surgieron propuestas reductoras orientadas a flexibilizar la regulación laboral. En determinados contextos, dichos procesos fueron acompañados de esquemas de concertación social conforme a los cuales los interlocutores sociales fijaban parámetros y compromisos recíprocos destinados enfrentar una coyuntura económica crítica. En otras latitudes, estos procesos, fueron más bien unilaterales y divorciados de todo diálogo social.

Así, cabe una reflexión sobre la capacidad adaptativa de la negociación colectiva a contextos económicos cuya marca de identidad es la crisis y el cambio.

En esta línea de pensamiento, se privilegia el rol de la negociación colectiva tanto en la fijación de derechos laborales de naturaleza económica que cada empresa o sector pueda asumir, como su ductibilidad para ampliar o reducir los derechos laborales autónomamente establecidos por los actores sociales.

Esta aproximación tendrá a su vez efecto en lo que constituye uno de los temas centrales en la problemática de los países en desarrollo, esto es, la presencia de un significativo sector informal que opera al margen de toda protección social. Ciertamente, no cabe culpabilizar al Derecho del

trabajo como el principal responsable en el fenómeno de la informalidad. Habrá un conjunto de factores de mayor incidencia, que no corresponde al objeto de este trabajo analizar. Sin embargo, no puede soslayarse que excesivos costos laborales impuestos por la legislación pasan a ser un factor que contribuye a la informalidad.

A lo expuesto se agrega que el proceso de globalización aparejado de las reducciones arancelarias y libre tránsito de capitales ha favorecido que los grandes conglomerados industriales opten por localizarse en aquellas jurisdicciones en las que los menores costos laborales han pasado a constituir un factor de atracción del capital. Por cierto, ello no apunta a favorecer una suerte de "campeonato mundial de la desregulación" de manera que el país que menos protege a sus trabajadores obtenga las mayores ventajas en cuanto a lo que inversión extranjera se refiere. Semejante aproximación apuntaría a eliminar derechos laborales básicos, incluso en perjuicio de la seguridad, la salud y la dignidad de los trabajadores. Por el contrario, debe dotarse a la globalización de un contenido social del cual hoy carece, conforme al cual, mediante acuerdos supranacionales, se vincule al comercio internacional con la salvaguarda y el respeto a derechos laborales fundamentales en la línea de lo que la Organización Internacional del Trabajo denomina "trabajo decente".

Es en este contexto que los principios que consolidaron el Derecho del trabajo enfrentan hoy cuestionamientos que podrían inducir a su resquebrajamiento, máxime en contextos de crisis económica internacional. Sin embargo, como ha sido reiteradamente destacado por la doctrina, la crisis ha sido un compañero de ruta del Derecho del trabajo y gestora de frecuentes embates, de los cuales esta disciplina ha sabido salir airoso⁽²⁾.

Hoy, más que poner en tela de juicio a sus signos distintivos lo que, corresponde, más bien, es una nueva reflexión sobre el contenido y alcances de los principios del Derecho del trabajo en un mundo signado por el cambio y la adaptación.

(2) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: *Un compañero de viaje histórico del Derecho del trabajo: La crisis económica*. En: *Revista de Política Social*, N° 143, Madrid, 1984, p. 19.

2. EL ANDAMIAJE PROTECTOR DEL DERECHO DEL TRABAJO

Desde los albores del Derecho del trabajo en las postrimerías del Siglo XIX, en Europa, y durante su desarrollo y afianzamiento a lo largo del último siglo, se reconoció que el contrato de trabajo se estructura sobre la base de la desigualdad de las partes, derivada del distinto poder del empleador y el trabajador. Este presta sus servicios en forma subordinada, sujeto al cumplimiento de las disposiciones que el empleador le imparta con el objeto de alcanzar el fin productivo propio del centro de trabajo. De ahí que se reconozca al empleador un poder directivo que se manifiesta en el ejercicio de determinadas facultades destinadas a conducir la actividad personal del trabajador. Sin embargo, estas facultades debían ser limitadas, de manera que no solo se evite la explotación del trabajador expuesto de otro modo a un poder omnímodo del patrono, sino que, además, debía preservarse que su dignidad como individuo no resulte lesionada.

El Derecho del trabajo construye así un andamiaje protector de la parte débil de la relación laboral que, reconociendo las prerrogativas empresariales en la dirección del centro de trabajo, desarrolla mediante normas imperativas un marco jurídico que consagra derechos del trabajador que el ordenamiento jurídico considera impostergables. A ello se agrega el rol de fiscalizador activo y de oficio que se asignó al Estado respecto al cumplimiento del ordenamiento laboral asumiendo funciones propias de una policía laboral. Del mismo modo, asigna a la actuación colectiva de los trabajadores un papel decisivo en la protección y la promoción de derechos laborales mediante institutos que han pasado a ser pilares básicos de toda sociedad democrática, conforme corresponde a la sindicación, la negociación colectiva y la huelga.

Este andamiaje protector se estructura sobre la base de principios que se postulan como particulares del Derecho del trabajo y que le confieren carta de ciudadanía como disciplina autónoma y distinta del Derecho civil. La elaboración y el afianzamiento de estos principios correspondió, en su etapa primigenia, a esa búsqueda de identidad propia, en la que se apuntalaban las diferencias y se reclamaba la independencia.

Tradicionalmente, estos principios han sido resumidos en cinco básicos⁽³⁾: *in dubio pro operario*; norma más favorable; irrenunciabilidad; condición más beneficiosa; y, continuidad o estabilidad en el empleo⁽⁴⁾. A los efectos de este trabajo, resultan necesarias unas breves líneas sobre estos principios, para luego tratar con algo más de detalle lo relativo a los tres últimos.

El principio *in dubio pro operario*, conceptuado como un instrumento de interpretación jurídica, tiene en rigor, un alcance limitado a los supuestos de duda interpretativa: en caso de concurrencia de más de una interpretación posible de una norma, debe privilegiarse aquella que resulte más favorable al trabajador⁽⁵⁾. Es en esta línea que se inscribe la Constitución peruana, cuando en su artículo 23, numeral 3, consagra el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma. El mandato constitucional impone que el intérprete deba primero agotar todos los mecanismos que el Derecho admite para arribar a una conclusión jurídica respecto al sentido de una norma. Agotado este paso previo, si aún fuesen posibles diversas interpretaciones, deberá estarse a aquella que resulte más favorable a la parte débil de la relación laboral. Así, no cabe que el juzgador opte *a priori* por la aplicación de este principio para solucionar cualquier controversia que sea sometida a su conocimiento. Ello implicaría, simplemente, usurpar a favor del juzgador el rol que le corresponde al legislador.

Ulteriores desarrollos de este principio lo han extendido a la apreciación de los hechos en una controversia. Así, presentados estos al juez cabe que los mismos permitan distintas apreciaciones, todas igualmente valederas. En este supuesto, el juez deberá preferir aquella interpretación de los hechos que sean más favorables al trabajador.

(3) OJEDA AVILÉS, Antonio. *Flexibilidad Judicial y Contractualismo*. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/62/art/art5.pdf>, p. 751.

(4) Véase también PLÁ RODRÍGUEZ, Américo: *Los principios del Derecho del trabajo*. 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 84, 117 y 215.

(5) *Ibidem*, p. 84.

Empero, este principio está hoy en día sometido a críticas por un sector de la doctrina. Como señala Desdentado, magistrado del Tribunal Supremo español su aplicación es cada vez más extraña en la jurisprudencia de ese país respecto a dudas interpretativas sobre el sentido de una norma, precisando más bien, que no corresponde a un principio general del Derecho, sino más bien a un criterio interpretativo⁽⁶⁾. Descarta, a su vez, que pueda utilizarse para integrar lagunas por defecto de normas, ya que, en ese supuesto, deberá recurrirse a las relaciones de supletoriedad y analogía⁽⁷⁾. Estima así que ahí donde no hay norma no cabe concluir una voluntad de protección, porque en el vacío no hay voluntad. Agrega que tampoco resulta viable respecto a duda en los hechos, porque ello afectaría la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba⁽⁸⁾.

Con relación al principio de norma más favorable, debe destacarse que ha sido objeto de un desarrollo mediatizado respecto a lo que fueron sus postulados iniciales, conforme los cuales no correspondía aplicar el orden jerárquico normativo, sino que debería privilegiarse la norma más favorable al trabajador, asignando al criterio de favorabilidad la cúspide de la preferencia en la aplicación de las normas, más allá de su nivel jerárquico⁽⁹⁾. Sin embargo, como bien señala Neves⁽¹⁰⁾, en caso de incompatibilidad entre ley y reglamento no cabe aplicar el criterio de favorabilidad entre uno y otro, ya que el último no puede transgredir ni desnaturalizar el primero. Así, la regla de jerarquía primará sobre la de favorabilidad. Respecto a las normas estatales del mismo rango, debe analizarse, primeramente, si una es general y otra especial, de modo que la segunda prevalezca sobre la primera, o si una es posterior a la otra, de

(6) DESDENTADO BONETE, Aurelio: *¿Existe realmente el principio in dubio pro operario?* En: *Relaciones Laborales*, T. 2003-I. Madrid, 2003, p. 608.

(7) *Ibidem*, p. 622.

(8) *Ibidem*, p. 617.

(9) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Op. cit. pp. 100-101.

(10) NEVES MUJICA, Javier: *El principio de norma más favorable*. En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez*. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Lima, 2004, p. 67.

manera que corresponda aplicar la norma más reciente. Aquí operará la teoría general del Derecho y no el principio de norma más favorable⁽¹¹⁾.

El principio de norma más favorable ha resultado de aceptación más pacífica respecto a normas o de fuentes de distinta naturaleza, presentando así desarrollos relevantes respecto al conflicto entre normas estatales y convencionales. Sin embargo, aun en este campo se han generado, por el contrario, postulaciones contrapuestas, como aquellas que postulan la teoría de la acumulación y la teoría de conglobamento⁽¹²⁾. Incluso, como señala Pasco, ha dado lugar a que Bueno Magano sostenga que el principio genera más problemas que los que resuelve proponiendo así su supresión⁽¹³⁾. Sin embargo, en el marco de la Unión Europea existe una orientación encaminada a repotenciar este principio. En efecto, en la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 16 de diciembre de 1996, se dispone la aplicación de las normas más favorables a la relación laboral de los trabajadores que se encuentren sujetos a un proceso de desplazamiento de un Estado miembro a otro en el marco de una prestación de servicios⁽¹⁴⁾.

(11) Al respecto, véanse también los estudios de SALA FRANCO, Tomás: *Los principios de imperatividad legal, de norma mínima y de norma más favorable*; y de SÁNCHEZ-PEGO, Francisco Javier: *La aplicación práctica de los principios de imperatividad legal, de norma mínima y de norma más favorable*. En: *Los principios del Derecho del Trabajo*. Directores: DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y LÓPEZ CUMBRE, Lourdes. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, pp. 138-170.

(12) Conforme a la teoría del conglobamiento debe prescindirse de un conjunto normativo en su integridad. La teoría de la acumulación extrae los preceptos más favorables de cada fuente, construyendo así un nuevo conjunto normativo. Desde nuestra perspectiva ello equivale a una suerte de Frankenstein jurídico que no surge, *per se*, de ninguna de las normas de la cual ha sido extraído.

(13) PASCO COSMÓPOLIS, Mario: *Reafirmación de los principios del Derecho del trabajo*. En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez*. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Lima, 2004, p. 29. Pasco señala que en el X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Montevideo, 1988), Octavio Bueno Magano, uno de los ponentes oficiales postuló la conveniencia de propugnar la eliminación de la regla de norma más favorable.

(14) Numeral 7 del artículo 3 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

En cuanto al principio de irrenunciabilidad,⁽¹⁵⁾ este proscribe el acto dispositivo del trabajador respecto a aquello que ha sido establecido en su beneficio mediante norma heterónoma o convencional. En esa misma línea, se postula que un convenio colectivo sería inválido cuando restrinja derechos concedidos por una norma estatal de obligatorio cumplimiento. Empero, incluso en esta perspectiva, se producen aproximaciones cuestionadoras que apuntan a la prevalencia de la autonomía colectiva sobre el marco legal, conforme analizaremos más adelante.

En lo relativo al principio de condición más beneficiosa⁽¹⁶⁾, no es inexacto señalar que ha perdido vigencia. En efecto, desde que se implantasen los esquemas flexibilizadores de la relación laboral quedó claro que la eficacia de estos procesos resultaría neutralizada si solo se aplicasen a quienes ingresasen a la empresa luego de la entrada en vigencia de la norma o del convenio colectivo *in peius*. Por ello, atribuir la condición de derecho adquirido a favor de los trabajadores que venían gozando de determinado régimen en forma previa a la sucesión normativa peyorativa, fue rápidamente descartado en los procesos de flexibilización que se aplicaron en los distintos ordenamientos.

El principio de estabilidad o de continuidad en el empleo ha cedido terreno conforme se ha acentuado la precarización de las relaciones de trabajo. La presunción de que el contrato de trabajo se celebra a plazo indefinido no se condice con la avasallante proliferación de contratos temporales⁽¹⁷⁾ y nuevas formas de organización de la producción —señaladamente la subcontratación— caracterizada por la eventualidad.

De ahí que estimemos válida una nueva reflexión sobre el contenido y alcances de los principios del Derecho del trabajo en un mundo signado por el cambio y la adaptación.

(15) Véase también PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Op. cit., pp. 118 y ss; y el estudio de RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: *El principio de la indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractua*. En: *Los principios del Derecho del trabajo*. Op. cit., pp. 107-126.

(16) Véase también PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Ibidem*, pp. 108-116; y el estudio de OJEDA AVILÉS, Antonio: *El principio de condición más beneficiosa*. En: *Los principios del Derecho del Trabajo*. Op. cit., pp. 171-187.

(17) LÓPEZ CUMBRE, Lourdes: *El principio de estabilidad en el empleo*. En: *Los principios del Derecho del trabajo*. Op. cit., pp. 289 y 331.

3. IRRENUNCIABILIDAD VS. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

3.1. *La indisponibilidad como instrumento del garantismo*

Una de las señas de identidad del Derecho del trabajo ha sido el principio de irrenunciabilidad. Plá lo define como “la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho laboral en beneficio propio”⁽¹⁸⁾.

En el ordenamiento constitucional peruano ello queda constreñido a una fórmula más limitada, en cuanto consagra la irrenunciabilidad respecto de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley⁽¹⁹⁾. El esquema que plantea la norma glosada no rescata la primacía de la convención colectiva de trabajo sobre el contrato individual, no obstante que es evidente que el criterio de irrenunciabilidad también se extiende a este. Como acertadamente establece la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, los contratos individuales no podrán contener disposiciones contrarias a las previstas en la convención colectiva en perjuicio del trabajador⁽²⁰⁾.

La irrenunciabilidad en cuanto negocio jurídico importa una manifestación de voluntad implícita o expresa, pero que tiene por objeto alcanzar un resultado concreto. En cuanto manifestación conlleva un acto voluntario y en cuanto a renuncia es de naturaleza dispositiva. Desde esta perspectiva, la irrenunciabilidad no se extiende al ámbito de la legislación por cuanto el legislador no se rige por ella. Cabrá la sucesión peyorativa de normas cuando así lo establezca la ley sin que, válidamente, se le pueda oponer el principio de irrenunciabilidad. Este criterio, de suyo evidente, sin embargo, ha merecido vacilaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (TC) cuando mediante diversos fallos cuestionó la aplicación de normas de rango legal que afectaban el status preexistente, invocándose para ello, el carácter irrenunciable de los derechos laborales adquiridos⁽²¹⁾.

(18) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Op. cit., p. 118.

(19) Numeral 2 del artículo 26 de la Constitución peruana de 1993.

(20) Inciso a del artículo 43 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR.

(21) Sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional en los Expediente N°s 038-96-AA/TC; 794-96-AA/TC; 1127-AA/TC; 644-2000-AA/TC; 459-97-AA/TC, entre otras.

Jurisprudencia más reciente del TC ha llevado a cabo una saludable rectificación de tales criterios, al haber tipificado adecuadamente que el principio de irrenunciabilidad no opera sobre sucesiones normativas. Así, dispuso que “[...] el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa consagrada en el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución, modifica normas en materia laboral, las cuales son de aplicación inmediata a las situaciones jurídicas existentes, lo que resulta constitucionalmente válido, pues el Poder Legislativo actúa en ejercicio de su función atribuida por la Carta Magna [...]. Por lo tanto, los profesores (trabajadores) no están disponiendo de ningún derecho vigente, sino que se trata de una sucesión normativa en materia laboral, por lo que no resulta aplicable el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales”⁽²²⁾.

El principio de irrenunciabilidad constituye pilar básico del ordenamiento jurídico laboral por cuanto, de otro modo, se concedería al empleador la posibilidad de imponer al trabajador menores derechos que aquellos reconocidos por el ordenamiento legal o por el convenio colectivo. En efecto, partiendo del hecho que en el contrato de trabajo opera una relación de desigualdad entre las partes, es claro que el trabajador podría, bajo una supuesta voluntariedad, disponer de derechos que le han sido reconocidos, con tal de acceder al empleo u obtener las promociones o mejoras que se le ofrecen una vez en curso la relación laboral. De la misma forma, el resultado de la negociación colectiva podría resultar simplemente desvirtuado si el trabajador pudiese acordar la disminución o eliminación de aquellas ventajas que le han sido conferidas. Por ello, la renunciabilidad por acto individual de derechos reconocidos al trabajador por la ley o el convenio, no debe tener cabida en el Derecho del trabajo sino que, por el contrario, debe reafirmarse la plena vigencia de la irrenunciabilidad como un principio fundamental.

3.2. *Irrenunciabilidad, derechos de contenido económico y autonomía colectiva*

Cabe, sin embargo, determinar si el mismo concepto de irrenunciabilidad opera en la relación entre el convenio colectivo y la ley, en particular,

(22) Fundamentos Jurídicos N°s 98 y 99 de la sentencia recaída en Expediente N° 0008-2008-AI/TC.

respecto a derechos de claro contenido económico. Puede estimarse que, en este escenario, la relación de desigualdad entre las partes ha quedado eliminada y que, por ende, si el convenio colectivo introduce una regulación que confiere un menor nivel de protección que aquel previsto en la ley, es porque, en aquel se han obtenido, desde un análisis integral del convenio colectivo, mejores beneficios que aquellos que, de modo particular, consagra una norma legal respecto a determinada materia. Un ejemplo de esta aproximación surge en la legislación peruana con lo dispuesto por la Ley N° 25129 –que establece el derecho a la asignación familiar– la cual solo resulta aplicable a los trabajadores que no regulan sus remuneraciones por negociación colectiva. En consecuencia, cabe que en un convenio colectivo no se haya acordado el beneficio de asignación familiar, o que se haya estipulado en un monto menor al previsto en la ley, sin que esta pueda, por lo tanto, ser invocada.

Así, ello constituiría una modalidad de lo que, según señala Ojeda, corresponde a una corriente de la jurisprudencia española, que cuestiona que la interferencia de una norma externa pueda trastocar lo querido por las partes⁽²³⁾.

Surge así una cuestión a ser esclarecida. La capacidad de la autonomía colectiva para determinar el alcance o aplicación de derechos de claro contenido económico en situaciones en que estos pueden poner en riesgo la viabilidad o subsistencia económica de la empresa.

Sobre esta materia cabe analizar la capacidad que la legislación peruana otorga a las partes para enfrentar supuestos de crisis económica en la empresa. El procedimiento de terminación de la relación de trabajo por causas objetivas previsto en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral prevé que con el objeto de evitar o limitar el cese del personal, la empresa y el sindicato pueden acordar con carácter vinculante la suspensión temporal de las labores en forma total o parcial; la disminución de turnos, días u horas de trabajo; la modificación de las condiciones de trabajo; la revisión de las condiciones colectivas vigentes; y cualesquiera otras que puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas

(23) OJEDA AVILÉS, Antonio: *Flexibilidad judicial y contractualismo*. Op. cit., p. 756.

de la empresa⁽²⁴⁾. Sin embargo, conforme al mandato constitucional de irrenunciabilidad de derechos contenidos en la Constitución y la ley, y no obstante que las partes estimen que resulte impostergable reducir beneficios económicos con tal de preservar la subsistencia del centro de trabajo, sería nulo el acuerdo que, por ejemplo, en el régimen laboral ordinario, reduzca la compensación por tiempo de servicios o las vacaciones a 15 días anuales o limite de dos remuneraciones a una, las gratificaciones que se otorgan anualmente. De este modo, en el altar de la irrenunciabilidad puede asistirse al sacrificio definitivo de puestos de trabajo vía el colapso económico de la empresa, más allá de la voluntad de las partes motivada por un fin superior y expresada a través de una convención colectiva en la que el sindicato actúa en un plano de igualdad con el empleador.

Ciertamente, la posibilidad de que se celebre un convenio colectivo que en un contexto de crisis opte por dejar sin efecto, durante un plazo determinado, derechos laborales de contenido económico y de fuente heterónoma, puede operar como una coartada para el desmontaje de los mínimos garantizados por el ordenamiento legal. De ahí que ello solo debería prosperar mediante la fiscalización de su razonabilidad, lo cual en principio debería corresponder al juez, o a la autoridad de trabajo, en el marco de un procedimiento de crisis o de cese colectivo. Fuera de ese ámbito, y en un contexto de sindicatos poco sólidos, o dirigencias venales podría ser simplemente la vía por la cual podrían implementarse posiciones reduccionistas de derechos laborales carentes de real sustento que lo justifique.

4. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA VS. ADECUACIÓN

4.1. *El decaimiento de un principio*

Correspondió a un axioma del Derecho del trabajo una supuesta irreversibilidad en el alcance de sus beneficios, vale decir, la consagración de una perpetua espiral ascendente de los derechos laborales, incluidos

(24) Inciso b del artículo 48 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

los de estricto contenido económico. Sin embargo, la crisis económica de los años setenta derribó este criterio para introducir la posibilidad de sucesiones normativas regresivas. En efecto, se estimó que resultaba inviable el mantenimiento del statu quo en materia de derechos laborales, porque ello ponía en riesgo la subsistencia de las empresas y la superación de la crisis económica. Tomaron así cuerpo conceptos de flexibilización de los beneficios laborales y su necesidad de adaptarse a entornos sustancialmente distintos a aquellos en los que habían sido concebidos.

Sin embargo, la modificación *in peius* de los derechos laborales vigentes resultaría inocua a los fines que la flexibilización se planteaba si es que el ámbito de aplicación de las reformas resultase limitado a aquellos que recién se incorporaban a la empresa. Ello no fue óbice para que en determinados supuestos, la nueva legislación mantuviera incólumes los derechos de aquellos trabajadores que ya venían gozando de determinados beneficios económicos. En la legislación peruana ello operó respecto a la bonificación por tiempo de servicios reconocida en favor de las mujeres que habían laborado 25 años de servicios para un mismo empleador y 30 años para el caso de los varones. El proceso flexibilizador de los años noventa derogó estos beneficios, pero como no podría ser de otra forma, los mantuvo a favor de quienes ya habían alcanzado derecho a los mismos⁽²⁵⁾.

No obstante, en otros supuestos en los que no se indicaba disposición específica respecto a la subsistencia del régimen preexistente, la modificación operó de modo general y con aplicación inmediata. A modo ejemplo, la modificación del régimen de estabilidad laboral plasmada en la Ley N° 26513 eliminó el derecho a la reposición en el empleo –salvo los supuestos de despido nulo– para todos los trabajadores, incluso aquellos que ya venían gozando de estabilidad laboral absoluta. De la misma forma, quienes habían sido contratados a plazo fijo conforme al régimen del Decreto Ley N° 18138 –que admitía limitadas posibilidades para la contratación temporal– quedaron sujetos a que la renovación de sus contratos se lleve a cabo bajo un nuevo marco signado por diversas

(25) Quinta Disposición Complementaria Transitoria y Derogatoria del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

y numerosas causales de contratación sujeta a modalidad, ampliamente más permisivas que las precedentes.

De ahí que el concepto de derecho adquirido o condición más beneficiosa quedase limitado a su mínima expresión, esto es, cuando la propia norma preveía la preservación del régimen preexistente. Por ello, su vigencia como principio no ha logrado superar las exigencias que la necesidad de adaptación ha impuesto frente a coyunturas adversas.

4.2. Alcances del principio: preeminencia de los derechos humanos laborales

En este campo, cabe distinguir entre derechos humanos laborales y los derechos laborales que no gozan de este carácter, de modo de distinguir la progresividad e irreversibilidad de los primeros y el decaimiento del principio de condición más beneficiosa respecto a los segundos.

Respecto a los derechos humanos laborales, y siguiendo a Marcos-Sánchez, ubicamos a todos aquellos orientados a posibilitar condiciones mínimas de vida y de trabajo para todas las personas, así como la organización de los trabajadores para su defensa, reivindicación y participación sociopolítica⁽²⁶⁾.

Estos derechos, en términos de Valdés Dal-Ré, se transforman en derechos fundamentales en tanto “*se perciben, se comprenden y actúan como pilares de todo un orden jurídico-político*”, los cuales se encuentran recogidos en textos y cartas constitucionales y en declaraciones o pactos internacionales⁽²⁷⁾. De este modo, se configura un bloque de constitucionalidad laboral compuesto por las disposiciones constitucionales de cada país, aunado a los dispositivos y principios de fuente internacional, regional

(26) MARCOS-SÁNCHEZ, José: *Manual para la defensa de la libertad sindical*. En: www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/worker/doc/otros/xviii/cap1/iii.htm.

(27) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*. En: *Libro de Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Montevideo, 2003, p. 38.

o comunitaria⁽²⁸⁾. Tienen la calidad de derechos humanos laborales, entre otros, el derecho a un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; la seguridad e higiene en el trabajo; la igualdad de oportunidades para la promoción; el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo, las vacaciones periódicas pagadas; la remuneración de los días festivos, el derecho de toda persona a fundar sindicatos y al afiliarse al de su elección, el derecho de huelga, el derecho a que en caso de despido injustificado resulte aplicable una indemnización o la readmisión en el empleo o cualesquiera otra prestación prevista en la legislación nacional, entre otras⁽²⁹⁾ ⁽³⁰⁾.

Estos derechos humanos laborales serán inherentes a la condición de persona y de trabajador, de lo que se derivan dos consecuencias importantes para garantizar su respeto y desarrollo en los ordenamientos jurídicos nacionales: (i) el principio de progresividad y (ii) el principio de irreversibilidad.

Siguiendo a Nikken, la progresividad debe ser entendida como la capacidad de extender el ámbito de protección existente a los derechos que no se encontraban plena o formalmente reconocidos⁽³¹⁾. En este sentido, en el área de los derechos humanos laborales, Barbagelata señala que la progresividad nos conducirá hacia una aplicación evolutiva y extensiva de las reglas y principios que integran el bloque de constitucionalidad laboral⁽³²⁾.

Por el lado de la irreversibilidad, surgirá la imposibilidad de mermar la protección ya reconocida por un Estado; por lo que ya han quedado integrados definitiva e irreversiblemente a la condición de derechos cuya

(28) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *La renovación del nuevo Derecho*. En: *Derecho & Sociedad*. Año XIX, Nº 30, Lima, 2008, p. 61.

(29) Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(30) Artículo 7 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(31) NIKKEN, Pedro: *Sobre el concepto de derechos humanos*. En: *Estudios básicos de Derechos Humanos*. IIDH, San José, 1994, p. 38.

(32) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. Op. cit., p. 63.

invulnerabilidad tendrá que ser respetada y garantizada por el Estado. Este aspecto se encuentra expresamente reconocido en el artículo 5 tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), como del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)⁽³³⁾.

Bajo tales consideraciones, no cabría en materia de derechos laborales humanos pretender sucesiones normativas regresivas. No obstante, en opinión del TC no puede aspirarse a criterios absolutos, incluso en esta materia. Al respecto, ha señalado "[...] que el concepto de progresividad no supone una absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongán⁽³⁴⁾.

Ahora bien, el decaimiento del principio de condición más beneficiosa no puede extenderse respecto de los derechos humanos laborales que integran el bloque de constitucionalidad reconocido en los tratados internacionales y en la Constitución. No ha sido ese tampoco el objeto de los procesos de flexibilización emprendidos por distintos ordenamientos, básicamente orientados a la reducción de costos laborales y a facilitar la adaptación de las relaciones de trabajo a las exigencias impuestas por la crisis económica y las demandas de mayor competitividad surgidas del proceso de globalización.

4.3. La reversibilidad de los derechos laborales de contenido económico

Los derechos laborales de contenido económico reconocidos en normas infraconstitucionales no están, pues, destinados a proteger los mismos valores consagrados por el bloque de constitucionalidad de derechos humanos laborales. A modo de ejemplo, en la legislación peruana son derechos laborales de contenido económico, la compensación por

(33) Loc. cit.

(34) Fundamento Jurídico Nº 55 de la sentencia recaída en el Expediente Nº 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC acumulados.

tiempo de servicios, las vacaciones de 30 días anuales, las gratificaciones de julio y diciembre, el monto de la indemnización por despido arbitrario, la participación en la utilidades, entre otros.

Así, la progresividad y la irreversibilidad propia de los derechos humanos laborales no se extiende a los derechos laborales de contenido económico. En efecto, mientras que en los derechos humanos laborales opera no solo un criterio expansivo, sino de inderogabilidad, no sucede igual respecto de los derechos laborales de contenido económico, sujetos, más bien, a constante adaptación, incluso en sentido desmejorativo cuando ello sea consecuencia de una particular coyuntura económica, a la que no resulte factible la aplicación del principio de condición más beneficiosa.

La cualidad de atribuir los caracteres de progresividad e irreversibilidad, propia de los derechos humanos laborales a los derechos laborales de estricto contenido económico constituye simplemente el resultado de una confusión conceptual, a la que no ha sido ajena el TC peruano. Así, ha sostenido que no cabe que los derechos laborales en general sean objeto de normas desmejorativas⁽³⁵⁾. Más aun, esa pretendida identidad ha sido frecuentemente utilizada para intentar desvirtuar cualquier reforma adaptativa que haya postulado adecuar los derechos laborales de contenido económico a un contexto particular.

Es precisamente, sobre estos derechos que corresponde a la negociación colectiva un rol protagónico sobre su determinación. Así, conforme señalamos en otro trabajo, corresponde a la norma heterónoma limitarse a fijar niveles mínimos capaces de ser asumidos por cualquier empleador, independientemente de sus dimensiones y centrar sus esfuerzos en fomentar la negociación colectiva⁽³⁶⁾.

(35) En efecto, señala el TC: "[...] es un hecho indiscutible, que los derechos laborales que se adquieren bajo el amparo de una determinada normatividad y específicamente aquellos que establecen plazos no pueden ser a posteriori desnaturalizado de modo restrictivo por nuevas leyes [...]". Fundamento Jurídico N° 6 de la sentencia recaída en el Expediente N° 794-96-AA/TC.

(36) FERRO DELGADO, Víctor: *Los aspectos laborales de los tratados de libre comercio con los Estados Unidos*. En: *Libro homenaje al doctor Jorge Avendaño*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 1164.

Por ello, asumir que los derechos laborales de contenido económico son progresivos, irreversibles y destinados a ser fijados por normas heterónomas, corresponde más bien a un paradigma a ser objeto de reevaluación.

5. ESTABILIDAD VS. CONTRATACIÓN MODAL Y SUBCONTRATACIÓN

5.1. Estabilidad en el empleo: garantía del ejercicio de derechos individuales y colectivos

El derecho a la estabilidad o el principio de continuidad parte del concepto que el trabajador goza de un derecho al trabajo y que por ende el ordenamiento jurídico debe procurarle su conservación. En efecto, como quiera que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, este debe prolongarse indefinidamente en el tiempo, salvo que exista causa justa que de lugar a su terminación.

El principio de continuidad ha sido entendido como un sustento fundamental en el derecho al trabajo⁽³⁷⁾. Por esta razón, si el ordenamiento jurídico reconoce este derecho, entonces debe garantizarse que el trabajador no se vea privado arbitrariamente de su empleo. Los ordenamientos podrán establecer distintas formas de protección a aquel que ha perdido injustificadamente su empleo, esto es, desde la readmisión forzosa en el trabajo con el pago de las remuneraciones dejadas de percibir; o el pago de indemnizaciones tarifadas legalmente o estimadas judicialmente en función del daño ocasionado; o, mediante el otorgamiento de mecanismos de protección social cuyo costo se traslada al conjunto de la sociedad financiando seguros de desempleo, recalcificación laboral, entre otras prestaciones. La opción por alguna de estas vías corresponderá al esquema de protección que un ordenamiento en particular haya considerado más viable y acorde con la realidad en la cual debe operar.

(37) Al respecto, Plá cita a diversos tratadistas que suscriben esta afirmación, tales como Krotoschin, De Ferrari, Vergé, Vallé, entre otros. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Op. cit., pp. 216-218.

Sin embargo, es claro que la opción predominante que se constata en el derecho comparado consiste en el reconocimiento de indemnizaciones que compensen económicamente al trabajador por la pérdida del empleo, proscribiéndose, en la mayoría de los países, el despido *ad nutum*, salvo excepciones vinculadas al derecho anglosajón.

Al mismo tiempo, se parte de la idea que la estabilidad confiere seguridad a las partes. Respecto al empleador, es claro que su decisión de invertir en capacitación y entrenamiento de su personal tendrá sentido en la medida que se trate de trabajadores con los cuales tendrá un vínculo prolongado en el tiempo. Respecto al trabajador, no puede obviarse que la estabilidad en su empleo le confiere un sentido de seguridad para el sustento personal y de su familia⁽³⁸⁾, así como la capacidad para asumir gastos, en particular en economías en las que el empleo formal constituye un bien escaso.

Por otro lado, la continuidad en el tiempo usualmente genera un vínculo de pertenencia que contribuye a generar lazos de identificación con la empresa, lo cual confiere un valor agregado a los servicios que se prestan.

Paralelamente, la estabilidad es, en múltiples supuestos, un prerequisite para el ejercicio de derechos colectivos. En países en los que predomina una estructura de negociación colectiva a nivel de empresa, la constitución de sindicatos suele no ser significativa, entre otros factores, cuando porcentajes relevantes del colectivo laboral están sujetos a contratos de plazo determinado. En efecto, concientes que la afiliación sindical suele ser vista por el empleador como un factor a ser neutralizado, es frecuente que los trabajadores se abstengan de constituir o de afiliarse a un sindicato, a fin de evitar el riesgo de la no renovación de su contrato temporal. Si a ello se agrega que el auge de la subcontratación determina que los trabajadores subcontratados igualmente se encuentren vinculados a su empleador mediante contratos temporales –basados a su vez en que el contratista tiene un contrato temporal con la empresa principal– tampoco es extraño que la constitución de sindicatos y la negociación colectiva no abunde en empresas contratistas.

(38) Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Op. cit., pp. 216-218.

Desde una perspectiva económica, los contratos estables son usualmente un requisito ineludible en la obtención de créditos y, por ende, inciden en el consumo, operando así como una variable económica en la sociedad.

Ahora bien, el derecho a permanecer en el empleo pasa a ser un tema central en determinados contextos en los que predomina la ausencia de empleo formal, aunado a la inexistencia de mecanismos sociales de protección. A ello se agrega la precariedad del movimiento sindical. La ausencia de sindicatos sólidos determina que sea la regulación legal, y no el ejercicio de derechos colectivos, el mecanismo preferente de protección. Como señala Ermida: “puede haber estabilidad real sin que este consagrado el derecho a la estabilidad cuando existe un movimiento sindical fuerte y efectivo, y cuando la demanda de la mano de obra supera a la oferta de la misma”⁽³⁹⁾.

Consagrado el derecho a la estabilidad en un determinado ordenamiento, se hace indispensable que otros institutos sean regulados de manera consistente con dicho reconocimiento. Así, carecería de congruencia que la contratación a plazo determinado pueda celebrarse sin que medie causa justificada, o regulada de modo tan flexible que los trabajadores puedan permanecer sujetos a la renovación sucesiva de contratos temporales por plazos relativamente cortos. Paralelamente, figuras como el periodo de prueba no podrían prolongarse por plazos irrazonables mientras que la subcontratación –y su variante en el Perú, la intermediación laboral– no podrían dejar de estar reguladas. En efecto, resultaría inconsistente que se estructure un sólido régimen de protección contra el despido sin justa causa y paralelamente la subcontratación opere sin restricciones de ninguna especie. En este escenario, es claro que el empleador optará por la subcontratación para obtener la mano de obra que requiere, conciente que podrá prescindir de ella en el momento que lo desee con solo exigírselo al contratista o de ser necesario procediendo a sustituirlo.

(39) ERMIDA URIARTE, Óscar: *La estabilidad del trabajador en la empresa: ¿protección real o ficticia?* Acalí Editorial, Montevideo, 1983, pp. 47-48.

5.2. Las nuevas formas de ordenación del trabajo como desafío a la estabilidad laboral

La estabilidad o principio de continuidad surge del concepto de que el contrato de trabajo se celebra a plazo indeterminado sobre la base de determinadas premisas: si la empresa perdura en el tiempo y el entorno en el cual se desenvuelve es más o menos constante, al igual que el proceso productivo, las relaciones laborales que genera deben gozar por ende de análoga permanencia.

Sin embargo, la forma como se organiza la producción en las empresas dista mucho de ser estable o permanente. El proceso de globalización aparejado al libre comercio ha sometido a las empresas a exigencias de competitividad inexistentes hace unos cuantos años. De ahí que constantemente deban adecuar sus necesidades de mano de obra a los cambiantes requerimientos que una economía globalizada impone. De esta forma, en múltiples supuestos, las empresas deben incrementar o reducir sus planillas conforme a la demanda que sus productos tengan en el mercado.

De igual manera, los avances tecnológicos determinan frecuentes variaciones en el modo en que se lleva a cabo el proceso productivo, reduciendo constantemente las necesidades de mano de obra. Si bien la tecnología crea nuevos puestos de trabajo en la sociedad en su conjunto, también es cierto que desplaza trabajadores en determinadas empresas, por lo que es frecuente que la innovación tecnológica vaya aparejada de ceses colectivos. A ello se agrega nuevas formas de organizar el proceso productivo en las que la subcontratación genera constantes reducciones de personal en la empresa principal y su reemplazo por trabajadores subcontratados, en los que la precariedad de su relación laboral suele ser su signo distintivo.

En un trabajo anterior señalábamos que estos nuevos procesos de ordenación del trabajo han condenado a los esquemas de trabajo tayloristas-fordistas a una casi extinción⁽⁴⁰⁾. Así, el esquema de producción

(40) FERRO DELGADO, Víctor: *Tutela y Flexibilización: en busca de una adaptación concertada*. En: *Memorias del XIII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. Puebla, 2002, p. 120.

que implicaba importantes colectivos concentrados en un único centro de trabajo y avocado a una producción seriada, no es más la constante en la fabricación industrial. La subcontratación de los componentes del producto final, a cargo de empresas de menores dimensiones, aunque marcadamente dependientes de los requerimientos de una empresa principal, constituye, en multiplicidad de supuestos, la nota característica de los procesos productivos.

El caso peruano presenta particularidades en esta tendencia. Antes que el abandono de procesos de producción concentrados en el centro de trabajo, lo que ha operado es un acentuado mecanismo de defensa del sector empresarial ante los rigores –y vaivenes– de la estabilidad laboral.

De una marcada protección surgida en la dictadura militar de los años setenta que consagraba la estabilidad laboral absoluta, el régimen, con avances y retrocesos, fue morigerándose mediante distintas reformas legislativas hasta instaurarse en los años noventa un régimen de estabilidad laboral relativa. Sin embargo, este fue súbitamente alterado por reinterpretaciones del concepto del derecho al trabajo elaboradas por el TC, las cuales finalmente fueron precisadas en su real alcance atenuándose lo que en un momento llegó a pensarse como un retorno a una protección exacerbada⁽⁴¹⁾. En el proceso, despidos que fueron ejecutados conforme al ordenamiento legal vigente, resultaron invalidados, determinándose la respectiva reposición hasta que, tiempo después, el propio TC atemperase sus puntos de vista optando por interpretaciones más restrictivas del derecho a la reinstalación en el empleo.

Dichas experiencias han motivado que amplios segmentos del sector empresarial peruano evidencien una marcada preferencia del empleador por la contratación temporal. Así, en empresas de 100 a más trabajadores la contratación a plazo indefinido abarca solo al 25.3% de los trabajadores, mientras que los contratados a plazo fijo representan el

(41) Resultan sintomáticos los pronunciamientos que evidencian la evolución en esta materia ha tenido el Tribunal Constitucional peruano surgen de las sentencias emitidas en los Expedientes N°s 1124-2001-AA/TC, su aclaración mediante la Resolución de fecha 16 de septiembre de 2002; y las sentencias recaídas en los Expedientes N°s 976-2001-AA/TC y 0206-2005-PA/TC.

54.3%. Incluso, en este segmento, el más formal de nuestra economía, se constata la presencia de trabajadores informales (12.7%) mientras que un 6% desarrolla su actividad sobre la base de contratos de locación de servicios y un 1.6% labora bajo convenios de formación laboral juvenil, trabajadores en periodo de prueba, prácticas pre profesionales y contrato de aprendizaje. En las empresas de 50 a 99 trabajadores, la situación es aún más acentuada respecto a la escasa opción por contratos indefinidos, ya que solo el 16.1% se rige por ese tipo de contratos, mientras que el 47.9% se encuentra regido por contratos temporales. A ello se agrega que en este segmento un alarmante 29% de trabajadores son informales; otro 6.1% son contratados por locación de servicios; y, finalmente, un 0.9% bajo convenios de formación laboral juvenil, trabajadores en periodo de prueba, prácticas pre profesionales y contrato de aprendizaje⁽⁴²⁾.

Sin embargo, es claro que ningún régimen de contratación temporal puede resultar más flexible que la informalidad, que no es otra cosa que la exclusión de todo nivel de protección por parte del Derecho del trabajo y de la seguridad social. En el Perú, que duda cabe, es el problema más álgido que enfrenta la mayoría de trabajadores: de una Población Económicamente Activa (PEA) de 15'196,400 personas, más de 12.6 millones son ocupadas por micro y pequeños empresarios⁽⁴³⁾. En este sector, la informalidad para la zona de Lima Metropolitana, la más formal del país, se ubica en el 55.48%⁽⁴⁴⁾. Ciertamente, la informalidad no solo es de naturaleza laboral o previsional, ya que también se extiende a otros ámbitos, como el fiscal y municipal. Ello evidencia que excesivos costos, entre ellos los laborales, generan un incentivo perverso en la huida hacia la informalidad en general y del Derecho del trabajo en particular, especialmente, en el segmento de la micro y la pequeña empresa.

(42) Comisión Especial de Informalidad del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo. *Caracterización y Problemática de los Trabajadores de la Economía Informal en el Perú (informe preliminar)*. Lima septiembre de 2008, p. 12.

(43) Datos según la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG) para el periodo 2005-2008, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú. En: www1.inei.gob.pe/perucifrasHTM/inf-soc/cuad7G.htm.

(44) Comisión Especial de Informalidad del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo. Loc. cit.

Por cierto, no cabe duda que el régimen de contratación temporal en la ley peruana resulta flexible. A sus nueve variantes de posible sustento de contratos temporales se agrega una décima que opera a título de cajón de sastre por si alguna de las precedentes no lograra cuadrar en el supuesto requerido. Más aún, la modificación que se introdujera en este régimen en el año 1995, mediante la Ley N° 26513, generó inconsistencias hasta el día de hoy no superados. Así, se prevé un plazo de máximo de tres años para el contrato celebrado por inicio o incremento de actividad, mientras que puede extenderse hasta por cinco años el contrato por necesidades del mercado, esto es, aquel sustentado en incrementos coyunturales de la producción, ocasionado por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado, que no pueden ser satisfechas con el personal permanente⁽⁴⁵⁾.

Semejante esquema hace que lo coyuntural termine acogiendo a plazos mayores a los que se aplican a supuestos que implican exigencias mayores de adecuación como corresponde al inicio o incremento de actividad. Repárese que la versión original de esta norma preveía que los contratos por necesidades del mercado tenían una duración máxima de 6 meses al año.

La flexibilidad del régimen de contratación temporal vigente en la legislación peruana no se limita a prever un amplio espectro de posibles contratos sujetos a plazo fijo en razón de la temporalidad de los servicios ha efectuarse. En rigor, como ya adelantó, el inicio o incremento de actividades ya existentes en la empresa, validan la celebración de contratos temporales. Así, el simple crecimiento vegetativo de la empresa es calificado como un incremento de actividades que admite la contratación a plazo fijo, no obstante que propiamente no medie en este caso una causa temporal. Ello explica que sea esta la modalidad más utilizada en la contratación modal y que prácticamente todos los trabajadores inicien su relación laboral con base a este esquema.

(45) Artículo 101 del Decreto Legislativo N° 728, tal como fuera modificado por el artículo 2° de la Ley N° 26513. En la actualidad corresponde al artículo 58 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

5.3. Estabilidad laboral y ceses colectivos

Cabe distinguir entre la prerrogativa que reclaman determinados sectores empresariales para poder cesar trabajadores sin mayores penalidades en la oportunidad o por la causa que estimen conveniente –lo que no es sino un reclamo de omnímodas prerrogativas de despido– de los ceses motivados en las necesidades de funcionamiento de la empresa. Así, cabría restringir los primeros en la medida que importan el ejercicio de una facultad teñida de arbitrariedad, de los segundos, que corresponde a los requerimientos de adecuación de la empresa a las exigencias impuestas por el modelo económico vigente. Mientras este subsista, carecería de consistencia exigir que los puestos de trabajo sean indefinidos cuando los requerimientos de la producción varían vertiginosamente. De esta forma, la terminación colectiva de contratos de trabajo debería operar fluidamente siempre que objetivamente se acredite su imperativa necesidad.

Sin embargo, en el régimen legal peruano esta alternativa no opera, no obstante encontrarse expresamente prevista en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, bajo la figura del cese colectivo sujeto a la aprobación administrativa del Ministerio de Trabajo. Como es público y notorio, la autoridad de trabajo en el Perú tiene por política recurrir a subterfugios para rechazar las solicitudes que son sometidas a su aprobación. Ello ha obligado al común de los empleadores formales a evitar recurrir al respectivo procedimiento habida cuenta de su inoperancia. Justo es reconocer, sin embargo, que ello no es privativo de la política de un gobierno en particular, sino que, en rigor, corresponde a una tradición de larga data en el Perú. Ello obedece, fundamentalmente, al costo político que para cualquier gobierno de turno y, para el sector Trabajo en particular, conlleva conceder autorizaciones para materializar despidos colectivos. Son, pues, este tipo de consideraciones las que han determinado que este mecanismo se encuentre neutralizado en el Perú y que sea considerable el costo destinado a obtener el cese colectivo negociado. Si a ello se agrega que las empresas que deben ejecutar ceses colectivos usualmente se encuentran atravesando dificultades económicas, es claro que este mecanismo contribuye a agravar su situación.

Por nuestra parte, y conforme hemos planteado en otro trabajo, creemos que, en ausencia de acuerdo de partes, debe recurrirse a terceros independientes –señaladamente el arbitraje– para que las solicitudes de cese colectivo sean evaluadas y finalmente resueltas. A este respecto, repárese que en materia de negociación colectiva, se eliminó la politización de los pronunciamientos del Ministerio de Trabajo una vez que, en defecto de acuerdo de partes, la resolución del petitorio pasó a manos de árbitros independientes. Por ello, propugnamos que, igualmente, en el caso de terminación colectiva de las relaciones de trabajo por causas objetivas, sea factible recurrir a la justicia arbitral cuando las partes involucradas no hayan llegado a acuerdo⁽⁴⁶⁾.

Lo expuesto evidencia una huida de la estabilidad laboral. Sea porque el sistema productivo predominante en las empresas exige constante variación en los requerimientos de la mano de obra, sea porque por lo que el sector empresarial ha desarrollado mecanismos de defensa frente a la estabilidad laboral, sea porque los sistemas productivos han variado mediante la descentralización, sea por las exigencias económicas, o por las innovaciones tecnológicas, es claro que prevalece una marcada preferencia por evitar relaciones laborales indefinidas.

Así, el principio de estabilidad o continuidad en el empleo operaría más como una aspiración programática antes que una constatación fáctica en la realidad contemporánea. Por ello, resulta impostergable una respuesta del Derecho del trabajo que concilie el deber ser con lo que corresponde a las reales necesidades que operan en las relaciones laborales. Así, más que esquemas invariables aplicables al conjunto de los contratos de trabajo, resultan notorias las necesidades de adecuación constante a un entorno signado por el dinamismo y el cambio. Por ello, creemos que debe corresponder a los actores sociales fijar autónomamente las reglas que resulten más adecuadas para la protección contra el despido en empresas o sectores específicos.

(46) FERRO DELGADO, Víctor: *Derecho del trabajo, globalización y ceses colectivos*. En: Libro homenaje por el 90 aniversario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en prensa.

6. LA DINÁMICA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LA CAPACIDAD DE ADAPTACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

6.1. *Un derecho evolutivo por excelencia*

Corresponde a un lugar común destacar que en diversos países latinoamericanos prevalece la falta de empleo al mismo tiempo que se evidencia que porcentajes significativos de la población prestan servicios en la economía informal –al margen de cualquier forma de protección social– y que la negociación colectiva solo abarca a segmentos marginales de la población económicamente activa. Ello se produce en un contexto de frecuentes transformaciones en las formas de ordenación del trabajo, cambios acelerados en la economía y una creciente penetración en los mercados de la producción industrial proveniente de países que han logrado atraer inversión extranjera, entre otros factores, por sus bajos costos laborales. A este contexto se agregan frecuentes crisis económicas que desencadenan procesos de reformulación de los costos laborales con la finalidad de que las empresas puedan preservar márgenes de competitividad y subsistir en un entorno signado por la competencia.

Es así que al Derecho del trabajo se le exigen respuestas eficaces frente a la crisis económica, que si bien no ha generado y, de la cual, no se le puede responsabilizar, tampoco cabría que nuestra disciplina asuma una postura autista que pretenda abstraerse del contexto que le ha tocado vivir, a riesgo que sean reformas carentes de contenido social las que terminen delineando un nuevo ordenamiento laboral. Como señala Rodríguez-Piñero, “el Derecho del trabajo es expresión de un equilibrio inestable de intereses y de relaciones de poder, y depende de las circunstancias económicas y de las opciones políticas dominantes en cada momento”⁽⁴⁷⁾. De ahí, acota este autor, que el Derecho del trabajo tiene que efectuar una reestructuración de sus institutos básicos, esto es un examen minucioso de su ámbito o extensión, de su intensidad y del grado en el cual se debe efectuar su regulación, lo cual conllevaría a pensar en una nueva dimensión de esta disciplina⁽⁴⁸⁾.

(47) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: *La nueva dimensión del Derecho del trabajo*. En: *Relaciones Laborales*, T. 2002-I, Madrid, 2002, p. 87.

(48) *Ibidem*. p. 88.

Haciendo referencia al Informe presentado por Juan Somavía, Director General de la OIT, Rodríguez-Piñero, señala que las exigencias de competitividad entre los empresarios, ha incrementado las presiones de estos últimos hacia los Gobiernos para que se permita la introducción de métodos más adaptables o sistemas de externalización, de tal forma que se faciliten los cambios en la organización del trabajo con inmediatez y frecuencia⁽⁴⁹⁾.

Así, conforme al carácter evolutivo de nuestra disciplina y a su constante necesidad de adaptación a nuevas realidades económicas –que además se suceden a gran velocidad– resulta imperativo que deban proponerse fórmulas destinadas a satisfacer nuevos requerimientos y demandas sociales. Es en este sentido, que Pérez Amorós señala que el Derecho del trabajo tiene un carácter dinámico, pues el vigente en una determinada época tiene por naturaleza una vida relativamente corta, por lo que siempre quedará obligado a reflexionar sobre sí mismo, debido a las exigencias de cada contexto en el que se inscribe. Como acota este autor, “Joven, y siempre nuevo por dinámico, son los adjetivos que mejor convienen al Derecho del trabajo tuitivo por definición”⁽⁵⁰⁾.

Con base a esta perspectiva, aspirar a que los derechos laborales de contenido económico se encuentren fijados por disposiciones heterónomas contribuye a estancarlo despojándolo del carácter dinámico que le resulta consustancial. Si a ello se añade la pretensión de que los costos laborales se apliquen por igual a empresas con muy distinta capacidad para asumirlos, se habrá construido un derecho divorciado de las grandes mayorías las cuales resultarán expulsadas hacia la informalidad.

Conforme señala críticamente Jeammaud, se le imputa al Derecho del trabajo garantista ser excesivamente generoso para los tiempos presentes generando rigideces en la gestión de mano de obra que disuaden a los empresarios a crear empleos y los incentiva a deslocalizar su actividad

(49) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: *Los cambios en el mundo del trabajo y su respuesta jurídica*. En: *Relaciones Laborales*, N° 9, Madrid, 2007, p. 121.

(50) PÉREZ AMORÓS, Francisco: *Los retos del Derecho del trabajo del futuro*. En: *Revista de Derecho Social*, N° 32, Albacete, 2005, p. 14.

productiva hacia países con menores costos laborales y mayor flexibilidad hacia los objetivos de la empresa⁽⁵¹⁾.

Ello corresponde al debate sobre la flexibilidad, el mismo que ha estado y tiende a permanecer en la agenda mundial por largo tiempo. A modo de referencia, según señala Valdés Dal-Ré, el Libro Verde, publicado por la Comisión Europea en el año 2006, bajo el rótulo "Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del Siglo XXI" postula que es la falta de adaptación de las reglas jurídicas del Derecho del trabajo la que justifica la necesidad de actualización o modernización⁽⁵²⁾. Este planteamiento tiene sus raíces en la ideología económica que ve al carácter tuitivo del Derecho del trabajo como una restricción exógena al mercado de trabajo que obstaculizan el progreso económico, encarecen desmedidamente la actividad productiva y restringen la libre competencia⁽⁵³⁾.

Bajo estos postulados, el Libro Verde procura la conjugación entre flexibilidad y seguridad en el empleo⁽⁵⁴⁾. Sin embargo, dichos postulados no han tenido acogida por parte de la doctrina europea. Loy acota que el vicio de fondo de los postulados del Libro Verde, consiste en el error respecto a la relación causa-efecto entre el dinamismo del mercado y la flexibilidad⁽⁵⁵⁾. Valdés Dal-Ré, por su lado, indica que la solución no trascurre por ahondar aún más en un desarme del Derecho del trabajo, pues los procesos de flexibilización han contribuido a la segmentación del mercado de trabajo, han reducido dramáticamente la protección en

(51) JEAMMAUD, Antoine: *Mercado de trabajo y Derecho del trabajo*. En: *Revista de Derecho Social*, Nº 39, Albacete, 2007, p. 14.

(52) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: *El debate europeo sobre la "modernización del Derecho del Trabajo" y las relaciones triangulares*. En: *Relaciones Laborales*, Nº 3, Madrid, 2009, p. 2.

(53) Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: *El debate europeo sobre la "modernización del Derecho del Trabajo" y las relaciones triangulares*. Op. cit., p. 2.

(54) De ahí que surja la denominada "flexiseguridad". En términos de Laulom, esta puede ser definida como una estrategia política encaminada a mejorar al mismo tiempo la flexibilidad del mercado laboral, la organización de trabajo y las relaciones de empleo, por un lado, y la seguridad de empleo y rentas, por el otro. LAULOM, Sylvaine: *El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad*. En: *Relaciones Laborales*, T. 2008-I, Madrid, 2008, p. 154.

(55) LOY, Gianni: *Apuntes sobre el Libro Verde "Modernizar el derecho de trabajo para afrontar los retos del siglo XXI"*. En: *Relaciones Laborales*, T. 2008-I, Madrid, 2008, p. 167.

el empleo para determinados colectivos, además que han banalizado la gestión de recursos humanos, limitándola a la adopción de confortables medidas de celebración y extinción de contratos atípicos⁽⁵⁶⁾.

Flexibilidad o garantismo, lo exacto es que existe, pues, relación directa y recíproca influencia entre la regulación laboral y la disciplina de mercado⁽⁵⁷⁾. Recíprocos condicionantes determinan la necesidad de un diálogo destinado a encontrar un equilibrio razonable. Este, sin embargo, exige ser vinculado con las exigencias surgidas de la globalización y el dinamismo del comercio internacional propio de nuestros días. De ahí la necesidad de un marco supranacional que contribuya a la fijación de "estándares mínimos de reglas de trabajo compatibles, con el desarrollo y la eficacia económica, una armonización de los principios laborales mínimos comunes a nivel internacional para suprimir de prácticas laborales explotadoras y condiciones de trabajo inhumanas y reconocimiento internacional de derechos fundamentales en materia laboral adaptables a la variedad de los ordenamientos laborales [...]"⁽⁵⁸⁾.

La dinamicidad si bien no es una característica exclusiva de las instituciones del Derecho del trabajo, se presenta particularmente acentuada en nuestra disciplina en cuanto debe responder a requerimientos tanto sociales como económicos. En palabras de Valdés Dal-Re, esta necesidad de adaptación forma parte del código genético del Derecho del trabajo⁽⁵⁹⁾.

Por ello, las exigencias sociales propias del Derecho del trabajo y las demandas económicas inherentes al desenvolvimiento de los mercados hace ineludible mutuas concesiones destinadas a conjugar intereses contrapuestos, de modo de garantizar tanto la racionalidad económica como el desarrollo social.

(56) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: *El debate europeo sobre la "modernización del Derecho del Trabajo" y las relaciones triangulares*. Op. cit., p. 5.

(57) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: *Derecho del trabajo y disciplina del mercado*. En: *Relaciones Laborales*, T. 2001-II, Madrid, 2001, p. 89.

(58) RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: *La nueva dimensión del Derecho del trabajo*. Op. cit., p. 91.

(59) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando: *El debate europeo sobre la "modernización del Derecho del Trabajo" y las relaciones triangulares*. Op. cit., p. 3.

Por esta razón, coincidimos con Sánchez Torres cuando afirma que el Derecho del trabajo no puede ser más concebido como una disciplina unidimensional; al contrario, se constituye como el centro catalizador desde el que se compensen los desequilibrios provocados por el sistema económico o la rígida articulación jurídica de ciertos institutos civiles; transformándose, en la única disciplina jurídica capaz de brindar respuestas ágiles y polivalentes a una sociedad inmersa en constantes cambios⁽⁶⁰⁾.

Sin embargo, instituciones rígidas no contribuyen, ni mucho menos constituyen alternativas adecuadas al dinamismo de demandas económico-sociales. Desde esta perspectiva costos laborales establecidos en normas heterónomas constituyen un factor que limita la capacidad de adaptación del Derecho del trabajo. De ahí que creamos que, antes que acentuar la generación de normas estatales, corresponde privilegiar el rol de la negociación colectiva en este proceso de constante adaptación y cambio.

6.2. La capacidad de adaptación de la negociación colectiva

El ejercicio de derechos colectivos ha sido concebido, fundamentalmente, como un mecanismo de promoción los derechos de los trabajadores, fin que debe ser reafirmado y reforzado como sustrato de una sociedad que pretenda reconocerse como democrática. Sin embargo, cabrían mayores desarrollos a su capacidad adaptativa a las circunstancias económicas por las que atraviesa la empresa, habida cuenta que, como acertadamente señala Rosenbaum, "el convenio colectivo constituye por antonomasia un medio flexible para la regulación y adaptación consensuada de los contenidos económicos y laborales de las relaciones de trabajo respecto de los requerimientos y necesidades de los actores sociales"⁽⁶¹⁾. Acota este autor, que la negociación colectiva constituye la

(60) SÁNCHEZ TORRES, Esther: *Poder regulador y Derecho del trabajo: diversificación y expansión jurisdiccional*. En: *Relaciones Laborales*, T. 2002-II, Madrid, 2002, p. 255.

(61) ROSENBAUM RIMOLO, Jorge: *Tendencias y contenidos de la negociación colectiva en el Cono Sur de América*. Organización Internacional del Trabajo, Lima, 2001, p. 108.

alternativa mediante la cual los trabajadores inciden en la determinación de sus condiciones de trabajo, que de otro modo, resultarían impuestas unilateralmente por el empleador o por la regulación heterónoma⁽⁶²⁾.

Inversamente, se ha acentuado el rol del Estado como generador de derechos laborales, tendiéndose, incluso, a una monopolización patológica en esta materia⁽⁶³⁾. En efecto, el Derecho del trabajo no se encuentra exento de padecer malestares crónicos que le es difícil superar. En este campo, creemos que nuestra disciplina padece de una enfermedad de naturaleza estatal, alimentada tanto por el rol monopolizador que el Estado ha jugado, tan irracional como aquel el mito que postuló el incremento perpetuo de beneficios laborales de naturaleza económica.

Empero, ello no pretende negar que la actuación legislativa resultó fundamental en el desarrollo y consolidación del Derecho del trabajo. No podría haber sido de otro modo. Correspondía al Estado, y no a actores sociales que aún carecían de un desarrollo articulado, promover la regulación de las condiciones de trabajo que hasta ese momento –fines del Siglo XIX– se desenvolvían al margen del reconocimiento de derechos mínimos hacia los trabajadores. Fue, pues, una respuesta del legislador ante la demanda de humanización del trabajo subordinado. Sin embargo, en muchos de nuestros países, el Estado no solo mantuvo este rol, sino que, por el contrario, lo acentuó al extender el ámbito de su intervención a derechos laborales de estricto contenido económico.

Así, se ha consolidado el monopolio estatal regulador de los costos laborales, sin que se evidencie una articulación de este poder público con los poderes semipúblicos, esto es, con las instancias sociales que participan activamente en las decisiones y en los mismos poderes estatales, en el cual,

(62) *Ibidem*, p. 102.

(63) Patología, proviene del vocablo "*pathos*" que, en su acepción general, se entiende como "*todo lo que se siente o experimenta, estado del alma, tristeza, pasión, padecimiento, enfermedad*". En ámbito de la medicina, el vocablo alude a todo estado anormal que se prolonga por un determinado tiempo como producto de una enfermedad. Definición tomada del recurso electrónico "Manual de Patología General" publicado por la Pontificia Universidad Católica de Chile. En: http://escuela.med.puc.cl/publ/patologiageneral/Patol_004.html.

entre otros, juega un rol fundamental la actuación de las representaciones de trabajadores y empresarios⁽⁶⁴⁾.

Cabe, pues, una reflexión respecto a las principales consecuencias de esta enfermedad y sobre el rol que corresponde al ejercicio de la autonomía colectiva como mejor remedio y/o antídoto para la misma.

6.3. La regulación heterónoma y la problemática de los costos laborales

Los derechos laborales, en términos generales, pueden ser analizados desde la perspectiva de los costos laborales. Como señalan Camerlynck y Lyon-Caen, “toda reforma social, toda nueva ventaja concedida a los trabajadores puede reducirse a cifras: todas ellas elevan el precio de fabricación [...] el Derecho del trabajo en su conjunto grava el precio global de la mano de obra”⁽⁶⁵⁾.

En el sentido lato del término, los costos laborales son todos aquellos egresos económicos que efectúa el empleador con relación al inicio, mantenimiento y término de la relación laboral. *Stricto sensu*, los costos salariales están vinculados a la remuneración bruta que corresponde al trabajador por la prestación de sus servicios. A su vez, se denomina sobrecostos laborales a aquellos montos que exceden la remuneración bruta, en particular beneficios económicos, ya sea que provengan de fuente heterónoma, como convencional, así, como los aportes de carácter tributario que son de cargo del empleador⁽⁶⁶⁾.

Conviene detenerse en el concepto de “contribuciones que son de cargo del trabajador”. Se entiende por estas a aquellas que son sujetas a detracción de la remuneración. Típicamente, en la legislación peruana, los aportes previsionales a los sistemas públicos o privados y las deducciones por concepto de impuesto a la renta. Empero, desde otra perspectiva, puede estimarse que son parte de los costos laborales

(64) SÁNCHEZ TORRES, Esther. Op. cit., p. 258.

(65) CAMERLYNCK, G. H. y LYON-CAËN, G. *Derecho del trabajo*, trad. de Juan M. Ramírez, Aguilar, Madrid, 1974, pp. 23-31.

(66) CORNEJO, Carlos. *Costos y/o sobrecostos laborales: un reto para la creatividad empresarial*. En: *Derecho & Sociedad*. Año XX, Nº 32, Lima, 2009, p. 301.

propios del empleador toda vez que dichas retenciones provienen de la remuneración bruta que este abona. En buena cuenta, el costo de dicha remuneración es asumido por el empleador, con prescindencia a que una porción de ella resulte predestinada a determinados fines por mandato de la ley, sean estos previsionales o fiscales. Al trabajador, le interesará fundamentalmente el importe de la remuneración neta que percibe, al margen que, recupere, por lo menos teóricamente, dichas detracciones cuando le corresponda percibir una pensión de jubilación o sus tributos se vean retribuidos con los servicios que recibe del Estado. Sin embargo, la percepción que predomina es que, en muchos casos, las detracciones efectuadas no se reflejan en prestaciones satisfactorias, ni que el Estado –tachado de deficiente administrador de recursos, o peor aún, de corrupto– cumpla con retribuir con servicios los tributos que ha percibido. Este factor contribuye igualmente a la informalidad y propicia que algunos trabajadores prefieran operar al margen de la legalidad coludiéndose con el empleador para evitar las deducciones en referencia.

Ahora bien, conforme al objeto del presente trabajo, nos interesa destacar los sobrecostos laborales de naturaleza económica y de fuente heterónoma, y no así los beneficios de origen convencional en cuanto estos al ser producto de la autonomía individual o colectiva han sido voluntariamente asumidos, por lo que no podrían, propiamente, calificarse como sobrecostos laborales.

Conviene destacar que la alusión a sobrecostos no pretende una connotación peyorativa. Nada más valedero que efectuar aportes a sistemas de salud que brinden cobertura en caso de incapacidad para el trabajo, o sistemas previsionales, de manera de asegurar una seguridad pensionaria al trabajador una vez que deje de encontrarse activo. El monto de las contribuciones o el hecho que el otorgamiento de las prestaciones sea necesariamente público o privado, admite debate, pero no corresponde al objeto de este trabajo su análisis o discusión.

Por el contrario, nos interesa simplemente identificar a aquellos beneficios económicos de origen legal en el ordenamiento peruano de cargo directo del empleador (y no así indirecto, por lo que no incluimos a las contribuciones de carácter pensionario ni propiamente fiscales) que

inciden directamente en el costo de la mano, a saber: (i) sueldo mínimo vital; (ii) compensación por tiempo de servicios; (iii) gratificaciones legales; (iv) vacaciones; (v) asignación familiar (vi) seguro de vida ley; (vi) contribución al Senati; (vii) participación en las utilidades; y (viii) protección contra el despido sin justa causa.

Cabe precisar que podría cuestionarse que la indemnización por despido y la participación en las utilidades sean, en rigor, un sobre costo laboral, en la medida que no inciden directamente en la retribución que el empleador debe abonar por los servicios. Así, Chacaltana señala que, el despido está asociado a errores en la selección o mecanismos de reclutamiento y, es más bien, aleatorio y voluntariamente asumido por el empleador, en vista de las múltiples formas de despido existentes que no representan costos (aludiendo, previsiblemente al despido por justa causa). Por el lado de las utilidades, se acota que estas son un incentivo para la producción y que, ante la ausencia de certeza sobre su existencia, no podrían estimarse como parte del costo de producción⁽⁶⁷⁾.

Empero, en lo relativo a la indemnización por despido, si bien en sentido estricto, no forma parte del desembolso ordinario que el empleador debe efectuar por los servicios que recibe del trabajador, no debe soslayarse que, en múltiples supuestos, no resulta factible que el despido pueda sustentarse en algunas de las causas justas previstas en la legislación, lo que –conforme a los criterios establecidos por el TC en esta materia– determina que para viabilizar la terminación de la relación de trabajo de trabajadores que no ostentan el nivel de dirección o confianza, deba incurrirse en costos de cierta significación, los que pueden superar largamente la indemnización legal. El tema resulta aun más significativo en lo relativo a los ceses colectivos, conforme ya hemos destacado.

En lo que respecta a la participación en las utilidades, si bien es exacto que constituye un incentivo a la producción, no es menos cierto que interfieren con las políticas de remuneraciones que el empleador pueda establecer. Así, aquella empresa que pretenda retribuir, sea a sus

(67) CHACALTANA, Juan: *Los costos laborales en el Perú*. En: www.grade.org.pe/download/pubs/paper-ICH-costos%20laborales.PDF, p. 15.

trabajadores comunes o a su personal ejecutivo, con base a la obtención de determinadas metas –que no necesariamente están vinculadas a las utilidades– tendrán que reconocer estas últimas así los objetivos no hayan sido alcanzados. En efecto, y a modo de ejemplo, una empresa puede haberse planteado metas de producción y objetivos de seguridad en sus operaciones que, al término del ejercicio, no solo no han sido alcanzados, sino que se constata una involución en estos indicadores.

Empero, una cotización coyuntural favorable de sus productos en el mercado internacional puede dar lugar a una importante distribución de utilidades en su personal, con lo cual termina trastocada la política remuneratoria que se ha pretendido implementar. Lo inverso suele igualmente presentar inconsistencias, esto es, que se haya alcanzado el objetivo y por ende, se materialice la condición requerida para su percepción pero que, adicionalmente, deba reconocerse la participación en las utilidades, generándose con ello un doble beneficio sustentado en el mismo resultado. Desde esta perspectiva, al margen de su carácter aleatorio o su naturaleza de incentivo, constituirá, conforme a los supuestos antes indicados, un sobre costo que afecta las políticas remuneratorias de diversas empresas que retribuyen en función de metas y objetivos alcanzados.

Ahora bien, más allá de las distintas aproximaciones sobre la calificación como sobre costos laborales o no, de las indemnizaciones por despido y la participación en las utilidades, solo los demás derechos enunciados representan en conjunto más del 50% del costo de la mano de obra. Es este, pues, un ámbito en que no necesariamente la norma heterónoma es capaz de establecer costos susceptibles de ser asumidos por cualquier empresa o cualquier sector económico. Más aún, tampoco es necesariamente válido que si en determinada coyuntura una empresa o un sector gozó de la capacidad económica para soportar esas cargas, necesariamente dicha situación va a perdurar en el tiempo. De ahí que afecte el dinamismo que se reclama a los derechos laborales de contenido económico que estos queden plasmados en normas heterónomas, toda vez que la capacidad de adaptación es inherente, no a la legislación, sino a la negociación colectiva.

A su vez, partiendo de la premisa que es propio de la negociación colectiva su capacidad de adaptación, fijar beneficios económicos permanentes en el convenio colectivo resulta contradictorio. Esta debe estar signada por el cambio, y por ello que resultará contrario a su naturaleza que en ella se establezcan derechos económicos de carácter permanente. Esto último tiende más bien a generar una lógica de mera acumulación de beneficios o incremento en espiral en los beneficios surgidos de la negociación colectiva y, por ende, que estimemos que resultaba más acorde con su naturaleza el efecto de caducidad de los derechos laborales al término de la vigencia del convenio colectivo, que en el Perú preveía la versión inicial de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo⁽⁶⁸⁾.

6.4. *Devolviendo el rol protagónico a la negociación colectiva*

La expansión y constante creación de derechos laborales de tipo económico por parte de normas heterónomas, afecta directamente el progreso y desarrollo de la libertad sindical.

En el caso peruano, en atención a que la afiliación sindical no ha alcanzado niveles de desarrollo significativos ni un nivel adecuado de institucionalización, el Estado ha adoptado tradicionalmente un rol hegemónico en la generación de derechos laborales de contenido económico a través de normas heterónomas.

Como señalamos en otro trabajo, esta creciente expansión de las normas heterónomas, ha ido paulatinamente restando territorio y protagonismo a la negociación colectiva. Así, las organizaciones sindicales no han internalizado que a mayor desarrollo de la legislación laboral, menor es el espacio para el desarrollo de la libertad sindical. En cada oportunidad que la legislación laboral reconocía o ampliaba un derecho laboral de naturaleza económica, el sindicato veía mermada su capacidad de obtención de beneficios para sus afiliados, sin que se cuestione en que en múltiples ocasiones eran las propias organizaciones sindicales las que promovían ese rol del Estado⁽⁶⁹⁾.

(68) Inciso d del artículo 43 del Decreto Ley N° 25593.

(69) FERRO DELGADO, Víctor. *Tutela o flexibilización*. Op. cit., p. 125.

En tal sentido, creemos que no corresponde al Estado determinar los beneficios económicos que serán de aplicación a cada relación laboral, a cada sector o a toda empresa. Por el contrario, en esta materia la actuación del Estado debería limitarse a fijar pisos mínimos, susceptibles de ser mejorados mediante acuerdos directos por los propios actores sociales –empresas y sindicatos– actuando autónomamente en ejercicio de su libertad sindical. En efecto, es a ellos a quienes les corresponde determinar el qué, cuánto y cómo deben ser remunerados los servicios prestados, conforme a la capacidad económica que cada empresa o sector tenga para asumir dichos costos.

En un momento de redefiniciones de las instituciones y principios del Derecho del trabajo, creemos, pues, que es el momento de devolver a los interlocutores sociales el terreno perdido, retornando a los destinatarios de los derechos laborales su capacidad de definir las prestaciones que les corresponden.

No obstante, surge la interrogante: ¿cómo lograrán los Estados que las organizaciones de trabajadores recobren el protagonismo y terreno perdidos? Propugnamos la vigencia efectiva del mandato constitucional de fomento a la negociación colectiva mediante un retiro paulatino, pero consistente, de la regulación heterónoma de carácter económico por encima de los derechos laborales mínimos aplicables sin distingo a todos los trabajadores por igual, de manera de privilegiar su desarrollo mediante normas autónomas.

Este planteamiento no apunta a una desregulación impuesta desde el Estado. Por el contrario postula una revalorización de la negociación colectiva como instrumento eficaz para implementar procesos de adaptación a las variables económicas propias de la economía contemporánea. No es, pues, un proceso de delegación de funciones, sino de recuperación del rol que corresponde a la negociación colectiva, reservando al Estado la fijación de los derechos básicos. Se trata, pues, de una relación de complementariedad entre la norma heterónoma y la autónoma. Como señala Sánchez, cabe “un proceso de ductibilidad a partir de la diversificación de las fuentes reguladoras y su articulación escalonada e interactiva”⁽⁷⁰⁾.

(70) SÁNCHEZ TORRES, Esther. Op. cit., p. 254.

Por lo tanto, coincidimos con Sánchez, en el sentido de que ello no debe confundirse con un proceso de flexibilización, en la medida que este no necesariamente implica una delegación de la heteronomía a favor de la autorregulación. Así, postula que no necesariamente la regulación de las condiciones de trabajo desde la autonomía colectiva debe identificarse con la flexibilización de los beneficios laborales⁽⁷¹⁾.

Así, cuando la regulación heterónoma devuelva el terreno y protagonismo perdidos a los interlocutores sociales y, por ende, a la negociación colectiva, podremos ser testigos de la consolidación de la relación de complementariedad entre las fuentes normativas relativas a la regulación de los derechos laborales. Precisamente, señala Sánchez, es ahí donde radica el éxito de los procesos de adaptación a los cambios económicos, esto es, en la articulación de espacios reguladores intermedios y ágiles que garanticen el buen funcionamiento de un sistema de retroalimentación entre todos los poderes normativos, asegurándose, de esta manera, la igualdad y la cohesión social⁽⁷²⁾.

Es en este escenario, que postulamos que corresponde a la negociación colectiva asumir un papel preponderante frente a los cambios económicos, tecnológicos, en suma, ante la disciplina de mercado. Esto solamente sucederá, cuando los interlocutores sociales arriben a consensos respecto a que la negociación colectiva opera tanto para la reivindicación y mejora de derechos, como para la adaptación al dinamismo propio del desarrollo económico.

En este punto conviene citar a modo de referencia el desarrollo de la negociación colectiva en la experiencia europea. En efecto, con la suscripción del Tratado de Maastricht de 1992, se otorga un rol preponderante a la negociación colectiva, puesto que se reflexiona entorno al papel de los interlocutores sociales para el desarrollo de una legislación armonizadora en materia social y de trabajo⁽⁷³⁾. Sobre el particular,

(71) *Ibidem.* p. 255.

(72) *Ibidem.* p. 256.

(73) GALLARDO MOYA, Rosario. *La metamorfosis de la negociación colectiva europea*. En: *Relaciones Laborales*, N° 18. Madrid, 2008, p. 72.

indica Gallardo, se abrió paso a un proceso de democratización en la elaboración y adopción de decisiones en materia laboral. Para ello, con base al reconocimiento que corresponde a los interlocutores sociales la condición de entes titulares de un interés colectivo y de representantes de la ciudadanía social, se pretendió asegurar una mayor aceptación de las decisiones en el marco de la Unión Europea⁽⁷⁴⁾. Esta primera etapa del desarrollo la negociación colectiva en la comunidad europea se extendió hasta el 1 de mayo de 1999 con la entrada en vigencia del Tratado de Ámsterdam, en donde se consolida la denominada convención colectiva fuerte, mediante la cual se consolida su rol de generador preferente de normas comunitarias y de factor de armonización de legislaciones laborales al interior de la Unión⁽⁷⁵⁾. A partir del Tratado de Ámsterdam, se inició una segunda etapa mediante la ampliación de diálogo social y de la apertura de la negociación colectiva a otros espacios y encaminada a la búsqueda de nuevas formas negociales⁽⁷⁶⁾.

La experiencia europea, permite apreciar el rol protagónico que se asigna a la negociación colectiva en materia de condiciones de trabajo y, más relevante aún, en el marco del diálogo social.

Sin embargo, no nos llamamos equívoco respecto a la abismal diferencia entre el nivel de desarrollo de la negociación colectiva en la Unión Europea y el que rige en nuestros países, y en particular en el Perú. Simplemente anotamos que existe un derrotero a seguir en el desarrollo de esfuerzos encaminados para devolver el papel protagónico perdido por los interlocutores sociales de nuestra región y, en particular, los de nuestro país.

Por esta razón, cabe que los interlocutores sociales, de la mano de los poderes públicos, tomen la iniciativa para que se lleve a cabo una dosificada revisión de los derechos laborales de contenido económico, de modo garantizar su efectiva capacidad de adaptación. Ello exige que se asigne a la negociación colectiva el rol medular que le corresponde en esta materia.

(74) *Loc. cit.*

(75) Ejemplos de convenciones colectivas fuertes, encontramos el Acuerdo sobre el permiso parental de 1995, el Acuerdo sobre trabajo a tiempo parcial de 1997 y los Acuerdos Marco Interprofesionales de 1999. GALLARDO MOYA, Rosario. *La metamorfosis de la negociación colectiva europea*. Op. cit., p. 75.

(76) *Ibidem.* p. 79.

Una opción consiste en que, mediante el dialogo social, los actores convengan en la gradual reducción, a lo largo de un periodo mas o menos prolongado, de los derechos laborales de contenido económico, de modo que resulte claro para el común de los trabajadores que la vigencia de los actuales derechos económicos contenidos en la legislación solo podrá subsistir mediante su reconocimiento a través de la negociación colectiva. Otra vía, menos audaz, consiste en plantear la incorporación a los salarios básicos de tales beneficios, de manera que los nuevos trabajadores perciban la necesidad de que beneficios distintos a la remuneración deberán ser obtenidos mediante el ejercicio de derechos colectivos. Debe reiterarse que acuerdos de esta naturaleza solo podrían prosperar si surgen de procesos enmarcados en el diálogo social y no así por vía de una medida origen legal desprovista de la legitimación surgida del acuerdo previo de los actores sociales.

Por último, esta aproximación reposa en un prerrequisito fundamental: una apuesta por la vigencia de una vigorosa negociación colectiva. En este terreno, corresponderá al Estado implementar medidas concretas de fomento a la negociación colectiva, conforme al mandato constitucional y no una actuación pretendidamente neutral. Ciertamente creemos que este enfoque resultará complejo de implementar, pero cualitativamente superior a la alternativa de establecer distintos regímenes de derechos laborales conforme al tamaño o dimensión de la empresa.

Lo que no parecería justificado es someterse a una suerte de inmovilismo: como quiera que la negociación colectiva no se encuentra significativamente desarrollada en nuestro medio, no puede aspirarse a una variación del *statu quo*. Consideramos, inversamente, que esa postura implica perpetuar las carencias de las que hoy padece la negociación colectiva, a la espera que al cabo de algunos decenios se produzca alguna mejora. Por el contrario, apuntamos al desarrollo de incentivos específicamente dirigidos al fomento de la negociación colectiva y a devolverle a esta el rol que legítimamente le corresponde, tanto desde la promoción y protección de los derechos laborales como de su capacidad de adecuación a los cambios que el dinamismo de la economía contemporánea exigen.

Celeridad procesal:
¿solo un *desideratum*,
una entelequia

CELERIDAD PROCESAL EN MÉXICO

NÉSTOR DE BUEN LOZANO

1. ¿Es la celeridad procesal un fin del Derecho laboral? 2. El mundo de las normas y el mundo de la realidad. 3. Las reglas procesales, en general. 4. Los términos. 5. Notificaciones. 6. Incidentes. 7. La caducidad. 8. La distribución de la carga de la prueba. 9. Procedimiento ordinario ante las JCA y procedimientos especiales. 10. Procedimiento de huelga. 11. Procedimiento paraprocesal. 12. Los motivos de la duración de los juicios. 13. El procedimiento uni- instancial y el juicio de amparo.

1. ¿ES LA CELERIDAD PROCESAL UN FIN DEL DERECHO LABO- RAL?

Las reformas introducidas a la Ley Federal del Trabajo (LFT, en lo que sigue) original (1931) dieron origen a la disposición del artículo 685 de la Ley de 1970 en el que cabe encontrar las ideas de Alberto Trueba Urbina, lo que no es de extrañar, ya que el principal autor del proyecto fue su hijo Jorge Trueba Barrera.

En ese artículo aparecen con toda claridad los principios procesales, lo que no deja de ser contradictorio con la naturaleza misma de un

principio cuya modestia le obliga a permanecer en un segundo plano dentro de la norma para no convertirse, por sí mismo, en una norma. En otra parte hemos dicho que "El principio inspira la creación de la norma pero hay que investigarlo, captarlo y ponerlo de manifiesto pero nunca convertirlo en norma por sí mismo". En realidad, en la Nueva Ley (ya ni tan nueva) los principios enunciados asumen un notable protagonismo⁽¹⁾ y se convierten en verdaderas normas.

De acuerdo con el artículo 685: "El proceso del Derecho del trabajo será público, gratuito, predominantemente oral y se iniciará a instancia de parte. Las juntas tendrán la obligación de tomar las medidas necesarias para lograr la mayor economía, concentración y sencillez del proceso" (primer párrafo).

Curiosamente no se incluye a la celeridad como principio pero ciertamente, sobre todo si se hace la comparación con la ley precedente, esa celeridad se manifiesta de múltiples maneras como veremos a lo largo de este ensayo.

Ciertamente, la celeridad no depende solo de las normas sino sustancialmente de una realidad bastante ingrata que se manifiesta por la casi intolerable presencia de demandas laborales, a su vez consecuencia de una economía degenerada en la que, como es costumbre del liberalismo, la solución se busca con la flexibilización de las relaciones laborales y una casi absoluta libertad de despido, si es que no se recurre antes a la temporalidad. Claro está que el despido no es gratuito y por lo mismo se convierte en riesgo para el empresario, pero por muchas razones entre las que ocupa un lugar preferente la corrupción compartida entre autoridades y empresarios, y la alianza eterna entre esos empresarios y sindicatos que les sirven, hace más evitable el riesgo.

Lamentablemente, en México la figura de los contratos colectivos de trabajo de protección, celebrados formalmente por membretes sindicales que no consultan a los trabajadores y depositados para su fácil validez ante una junta de conciliación y arbitraje (JCA, en lo que

(1) Véase DE BUEN, Néstor y DE BUEN UNNA, Claudia: *Compilación de normas laborales comentadas*. Porrúa, México D. F., 2002, T. II, p. 685.

sigue), que generan por supuesto acciones en contra de la estabilidad en el empleo, hacen menos riesgosos los mecanismos de separación de los trabajadores. A veces la cláusula de exclusión (artículo 395) funge como principal instrumento.

La celeridad fue ciertamente un propósito del legislador y se manifiesta en múltiples instituciones que por separado es importante analizar a continuación. De su eficacia, por lo dicho antes, se puede desconfiar.

2. EL MUNDO DE LAS NORMAS Y EL MUNDO DE LA REALIDAD

El Derecho del trabajo en México ha gozado siempre de prestigio. Sin la menor duda, ello se debe a dos factores. En primer término, a nuestro famoso artículo 123 constitucional, que hoy ya no es lo mismo que antes. En segundo lugar, a que México ha tenido, en primer término, a Mario de la Cueva y, en segundo término, a Alberto Trueba Urbina, cuya obra ha llegado hasta los últimos confines de América y parte de Europa. Sin embargo, ni la letra de la ley ni su interpretación doctrinal sirven de instrumento confiable para conocer la realidad nuestra y apreciar si en la práctica ejercemos con eficacia el principio de la celeridad procesal.

No hay que olvidar que en México una de las instituciones procesales más notables es el tema de los salarios vencidos, habitualmente conocidos como salarios caídos, que expresan la posibilidad de que el demandado en un juicio (v. gr., por despido injustificado), deba reinstalar o indemnizar al trabajador y pagarle el valor de los salarios correspondientes a la duración del juicio, en uno y otro caso. Eso genera un costo creciente que hace muy peligroso para los patrones (empleadores, si seguimos la terminología de la OIT), llevar los juicios hasta el final, con gran beneficio en muchos casos para los litigantes que a nombre de los trabajadores llevan el proceso, independientemente del lógico beneficio del propio interesado.

No obstante, los juicios son largos, con duraciones de años en muchos casos, cuya ejecución económica puede acabar con una empresa. Como contrapartida, además del arte marcial del litigante empresarial, se produce con frecuencia el arreglo antes del final en el que con mutuo sacrificio se termina el proceso. Claro está que en el camino queda en mala condición el principio de la irrenunciabilidad de los derechos de los

trabajadores que en esas condiciones se convierte en mito. Hace muchos años, en una conferencia pronunciada en la ciudad de Monterrey, en el norte de México, Américo Plá hablaba de esa evidencia que pone en mal lugar a uno de los derechos característicos del Derecho del trabajo.

La celeridad intentaría disminuir ese riesgo y de ser eficaz cumpliría una función importante que provocaría el beneficio de ambas partes. Lamentablemente las instituciones creadas por el legislador con el propósito de cumplirla tropiezan con realidades que las hacen casi incompatibles.

3. LAS REGLAS PROCESALES, EN GENERAL

Vistas en su conjunto, parecería que la celeridad inspiró al legislador de 1970. El problema fundamental es su enfrentamiento con la realidad. Pero vale la pena hacer una mínima referencia a las líneas generales del proceso.

Un tema que no puede soslayarse es que en materia laboral, de acuerdo con la Ley General de Profesiones, no se necesita título profesional de abogado (o licenciado en Derecho) para litigar. Es cierto que los no titulados no podrán exigir honorarios pero ese es un problema menor que se resuelve con convenios oportunos y generosos que pasan por alto la condición profesional o aficionada del litigante.

En todo caso, una institución permanente en el litigio laboral ha sido la intervención de aficionados, por denominarlos de una manera discreta, que han practicado el litigio por muchas razones, entre otras, atender sus propios conflictos al amparo de un abogado que se convierte en maestro del aficionado y le enseña lo principal del camino. Después, convencido el interesado de que puede actuar solo, aprovecha sus relaciones personales con gentes necesitadas de apoyo y se lanza al ejercicio profesional que tampoco es demasiado complicado. En México se les suele denominar "coyotes" expresión muy en uso pero no muy explicable.

En todo caso, se aprende lo esencial: formular demandas, ofrecer pruebas, objetar las del contrario, preparar testigos no muy presenciales y repreguntar a los que pueda proponer el contrario tratando de hacerlos

caer en contradicción. Claro está que su manejo linda con la corrupción, ya que muchas veces caen en la tentación, provocada por su contrario que sí es abogado, de vender el interés que dice representar.

Ese conocer las reglas del proceso, *grosso modo* no facilita las cosas. Por el contrario, las hace más complicadas.

Evidentemente que esos supuestos expertos no son capaces de formular una demanda de amparo indirecto, por violaciones procesales, o de amparo directo en contra del laudo. Ese es su lado flaco que a veces provoca la intervención de un verdadero abogado.

Pero el esquema del proceso es sencillo: formular demandas; asistir a las audiencias de conciliación que no suelen conciliar; ofrecer y objetar pruebas y dirigir su desahogo. Es difícil que tengan la capacidad de preparar proyectos de laudo que entregarían al representante del trabajo para un voto particular de muy dudosa eficacia. Objetar el laudo en un amparo directo ya es cosa más complicada.

En el juicio laboral, cerrada la instrucción, las partes pueden formular alegatos que, se presume, podrán inspirar al auxiliar dictaminador que deberá preparar un proyecto de laudo. También pueden servir para que el representante de la parte que se defiende pueda preparar un voto particular si el dictamen es contrario a sus intereses. Pero ni los abogados acostumbran hacer esos alegatos a pesar de que sería muy recomendable prepararlos.

4. LOS TÉRMINOS

Suele considerarse que la profesión de abogado es sencilla. Quiero recordar que cuando ingresé a la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la UNAM (1943), cuando no había lugar para registrar más alumnos en otras carreras, los mandaban a Derecho. No siempre el resultado fue eficaz. Pero otras perspectivas ponen de manifiesto que la cosa no es tan sencilla. Y es que el abogado —la expresión necesariamente implica que es un Licenciado en Derecho que practica en los tribunales— vive dependiendo de manera casi total de dos factores: en primer lugar, de los términos procesales; en segundo lugar, de la decisión de los jueces.

Los términos suelen confundir. Su número es importante y está siempre presidido por el principio de seguridad jurídica. No se pueden quedar las cosas en la incertidumbre, más allá de que esa sea la situación habitual. Si el plazo se cumple y no se actuó dentro del mismo, el derecho se pierde. Y de ahí derivan los problemas de las formas de notificación a las partes, en audiencia o por medio de los estrados o de un boletín. Hoy, en ocasiones, ayuda también la cibernética a través de la cual se hacen publicaciones oficiales.

Sin duda los plazos atienden al principio de seguridad jurídica pero también al de celeridad. Y la forma en que se manifiestan y se establecen, la celeridad gana o pierde.

Con respecto a la decisión de los jueces o juntas de conciliación y arbitraje o magistrados de tribunales superiores o ministros de la Suprema Corte de Justicia, el litigante se tropieza muchas veces con factores negativos; falta de preparación, parcialidad, influencias, mandatos superiores y otras varias razones que inclinan a juzgar no conforme a las actuaciones sino de acuerdo con subjetivismos hartos peligrosos. Por ello, el abogado que hace suyo un problema planteado por un cliente, a la organización minuciosa de su negocio para estar al corriente de los plazos debe unir la capacidad de comunicación con quienes deciden el caso.

Esos factores no son tan visibles cuando las cosas van por buen camino. Pero en caso contrario, se convierten en pesadillas. Y no hay que olvidar la frecuente exclamación de los clientes al terminar el conflicto. Si se ganó no falta el "¡Gracias a Dios!". Si se perdió, "¡Que abogado tan pendejo!", y perdonen ustedes esta expresión tan mexicana.

En materia de términos, la LFT es generosa en los ejemplos que suelen vincularse a la prescripción.

El actor debe presentar su demanda por despido injustificado dentro de los dos meses siguientes. Si promueve en cambio una acción rescisoria por incumplimiento del demandado, el plazo es de un mes. Los derechos de los trabajadores prescriben en un año (salarios y otras condiciones de trabajo). Las JCA deben permitir que transcurran diez días hábiles entre la notificación de una demanda y la primera audiencia de conciliación,

demanda y excepciones y ofrecimiento y admisión de pruebas. Si un actor deja de promover la continuación del juicio y esa promoción es necesaria, a los tres meses será requerido para presentar la promoción (artículo 772) pero si transcurren seis meses sin promoción, se tendrá por desistido al actor de las acciones intentadas, fenómeno que se califica de "caducidad" (artículo 773).

Las Juntas deben dictar sus resoluciones en el acto en que concluya la diligencia respectiva o dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes "salvo disposición en contrario en esta ley" (artículo 838). La ley no fija plazo para el dictado del laudo pero ciertamente por un principio de celeridad, para evitar incidentes de cuantificación engorrosos, ordena que en los laudos se cuantifiquen las condenas y solo por excepción se podrá abrir un incidente de liquidación (artículo 843).

La LFT no establece una segunda instancia. Sin embargo los laudos, como acto de autoridad, están sujetos a la calificación de un Tribunal Federal de amparo, en el caso, un Tribunal Colegiado que puede ser de varias materias o exclusivamente de una (laboral, civil, administrativa, penal). El plazo para formular la demanda de amparo es de quince días hábiles y quien lo promueva puede pedir la suspensión del acto reclamado, para que no se ejecute, otorgando garantía suficiente a juicio de la JCA. Si se trata de una demanda de amparo indirecto, por violaciones procesales, se señalarán fechas para la audiencia en que se decrete la suspensión provisional y en otra audiencia, la definitiva.

El amparo indirecto debe promoverse ante un Juez de Distrito, que es funcionario federal de rango inferior al Colegiado. Ciertos asuntos, por su trascendencia, deben ser resueltos por la Suprema Corte de Justicia que a tales efectos tiene poder de atracción.

Claro está que en la materia de plazos, puede ocurrir que la notificación haya sido mal hecha en cuyo caso la parte afectada puede promover incidente de nulidad que deberá resolver la misma JCA con la posibilidad de una demanda de amparo indirecto si la resolución es contraria a la parte que promovió.

Un problema que no aparece en la ley es que el cúmulo de asuntos laborales o de seguridad social es tan amplio que entre una audiencia

y otra pueden transcurrir meses. El dictado de los laudos, previamente propuestos por un auxiliar dictaminador, por la misma razón no es inmediato al fin del proceso y las audiencias de resolución en las que los integrantes de las JCA deben resolver tampoco son particularmente oportunas. En los juicios de amparo la carga de trabajo provoca lo mismo. Un secretario de juez, magistrado o ministro –y son abundantes en número– debe preparar el proyecto, discutirlo con el ponente o el juez si es amparo indirecto, y someterlo al ponente a la consideración de los demás magistrados o ministros, en su caso. Finalmente, se resuelven en audiencia pública.

Por todo ello, la relación entre la ley y los hechos suele ser complicada. El Legislador puede haber tenido una idea precisa de la celeridad pero los hechos sociales se le imponen.

5. NOTIFICACIONES

El Capítulo relativo a las notificaciones (artículo 739 al 752) combina los requisitos de certeza y de seguridad y establece cargas procesales que deben ser cumplidas bajo el riesgo, en su caso, de serios perjuicios para el litigante incumplidor.

Desde luego que al iniciar un procedimiento o al contestar la demanda, los interesados deben señalar un domicilio para oír las notificaciones. De no hacerlo, las notificaciones personales se harán por boletín o por estrados. Habitualmente el requisito se adiciona incluyendo en la demanda la lista de las personas autorizadas para oír notificaciones y para recibir documentos, independientemente de que, como ocurre con frecuencia, se les otorgue un mandato para continuar el juicio.

Puede ocurrir y ocurre que el demandante no tenga una clara noticia del nombre del demandado sea persona física o jurídica. La ley prevé el caso en el artículo 743 que compromete al actuario (funcionario notificador dotado de fe pública) para que se cerciore de que la persona notificada “habita, trabaja o tiene su domicilio en la casa o local señalados en autos para hacer la notificación. Es evidente que “cerciorarse” compromete a que el actuario exprese las razones que lo llevaron a la convicción de que el domicilio que visita es el del demandado. Es importante aclarar que, de

acuerdo con la LFT, los actuarios no tienen que tener título de licenciado en Derecho. En el artículo 626, la fracción II, exige que hayan terminado el tercer año o el sexto semestre de la carrera de licenciado en Derecho, por lo menos. Se supone que es una preparación suficiente para tener idea de lo que significa “cerciorarse”. Me da la impresión de que las JCA no son muy estrictas en la exigencia de esos requisitos.

Un tema importante se produce cuando en la demanda no se haya expresado el nombre del patrón o de la empresa para la que trabajó el actor en cuyo caso el actuario deberá cerciorarse de que el lugar donde efectúa la notificación es precisamente el del centro de trabajo donde presta o prestó sus servicios el demandante. El tema puede ser complicado y susceptible de impugnación por la vía del incidente de nulidad.

Lo que ocurre es que una práctica patronal frecuente es no facilitar a los trabajadores las informaciones necesarias. No se les hace firmar un contrato de trabajo, ni se les inscribe en el seguro social y lo más probable es que no les den copia de los recibos de salario y menos de las nóminas. La existencia de patrones aparentes y otros reales es frecuente en nuestro medio.

6. INCIDENTES

Sin la menor duda, los incidentes constituyen un freno a la celeridad. Su tramitación puede detener el proceso, aunque la ley procura facilitarles el camino, en lo posible.

En el artículo 762 se plantean como incidentes la nulidad, incompetencia, falta de personalidad, acumulación y excusas. En todo caso, se exige que sean incidentes de previo y especial pronunciamiento, lo que quiere decir que detienen la marcha del proceso y eso fácilmente se puede convertir en un pretexto para alargar su tramitación con sacrificio de la celeridad.

El incidente puede promoverse en el curso de una audiencia o diligencia, en cuyo caso se sustanciará y resolverá de plano, “oyendo a las partes y continuándose el procedimiento de inmediato”. La ley es omisa en la posibilidad de plantearse que el incidente se produzca en un acto sin presencia de la Junta (v. gr., una notificación), lo que hace imposible la resolución inmediata porque los actuarios carecen de facultades para resolverlos. En todo caso, la parte afectada podrá promoverlo después.

El artículo 763 incurre en un pecado de oscuridad. En su segunda parte dice expresamente que "cuando se trate de nulidad, competencia y en los casos de acumulación y excusas, dentro de las veinticuatro horas siguientes, se señalará día y hora para la audiencia incidental, en la que se resolverá".

El error de la redacción deriva de que pretendiéndose llevar a cabo la audiencia dentro de las veinticuatro horas siguientes, la redacción da a entender que el señalamiento de la audiencia deberá hacerse al día siguiente, se entiende que día hábil y que se resolverá en esa audiencia, cuando se lleve a cabo. Ciertamente no es esa la intención del legislador que debió decir que la audiencia que conozca del incidente deberá llevarse a cabo al día siguiente, por lo que el señalamiento de fecha se hará en el mismo acuerdo que acepte el incidente. No tendría sentido, precisamente dentro de la intención de celeridad, fijar una fecha para simplemente dictar un acuerdo.

7. LA CADUCIDAD

Ya hemos hecho referencia antes a la caducidad que evidentemente persigue un fin de seguridad jurídica en función de que la duración de un juicio, por indolencia de la parte actora, no puede quedar a su capricho en función de que a mayor duración, mayor suma de salarios vencidos.

De esa manera, mediante el requerimiento que antes comentamos debe hacerse al actor omiso, se remedia un problema de descuido, que puede ser habitual en defensores del actor que no manejan adecuadamente los procesos. Se trata de salvarlo de ese descuido fijándole un nuevo plazo para que pueda promover.

En la ley anterior, el artículo 479 fijaba un término de seis meses para la caducidad, sin comprometer a las JCA a dar el aviso preventivo, obviamente siempre y cuando la falta de avance fuere imputable al actor. Ciertamente la institución de la caducidad parecería contraria al espíritu tutelar de la LFT en favor de los trabajadores. La reforma de 1970 le quitó un poco de oportunidad a que de esa manera se perdieran los derechos ejercidos por el actor.

8. LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

En la LFT de 1931, con un criterio civilista heredado de las disposiciones reglamentarias del artículo 123 constitucional que se pusieron en vigor desde fines de 1917 y la posterior de 9 de marzo de 1926, promulgada por el presidente Plutarco Elías Calles, la carga de la prueba se atribuía, simplemente, a quien afirmara un hecho. Ello llevó a que los litigantes defensores de patrones redujeran sus argumentos a la negativa de esos hechos, quedando a cargo del actor su comprobación.

El problema era que los patrones no acostumbraban documentar el nacimiento y desarrollo de las relaciones de trabajo y resultaba muy fácil negar los hechos y esperar tranquilamente una prueba, muchas veces artificial como la testimonial, carente de valor. El resultado ya se puede imaginar.

La LFT de 1970 no remedió el problema. Fue hasta la reforma de 1980 que de manera casi revolucionaria se dictó el artículo 784 que se encargó de hacer una reforma fundamental imputando la carga de la prueba a la parte demandada. Su texto, que vale la pena repetir, es el siguiente:

"Artículo 784.- La Junta eximirá de la carga de la prueba al trabajador, cuando por otros medios esté en posibilidad de llegar al conocimiento de los hechos, y para tal efecto requerirá al patrón para que exhiba los documentos que de acuerdo con las leyes, tiene la obligación legal de conservar en la empresa, bajo el apercibimiento de que de no presentarlos, se presumirán ciertos los hechos alegados por el trabajador. En todo caso corresponderá al patrón probar su dicho cuando exista controversia sobre:

- I. Fecha de ingreso del trabajador;
- II. Antigüedad del trabajador;
- III. Faltas de asistencia del trabajador;
- IV. Causas de rescisión de la relación de trabajo;
- V. Terminación de la relación o contrato de trabajo para obra o tiempo determinado, en los términos del artículo 37, fracción I y 53, fracción III de esta ley;

- VI. Constancia de haber dado aviso por escrito al trabajador de la fecha y causa de su despido;
- VII. El contrato de trabajo;
- VIII. Duración de la jornada de trabajo;
- IX. Pago de días de descanso y obligatorios;
- X. Disfrute y pago de las vacaciones;
- XI. Pago de las primas dominical, vacacional y de antigüedad;
- XII. Monto y pago del salario;
- XIII. Pago de la Participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas; y
- XIV. Incorporación y aportación al Fondo Nacional de la Vivienda".

Es evidente que una disposición de ese género facilitó de manera notable el desarrollo de los juicios, ayudando a la acción litigiosa de los trabajadores ya que les ahorra comprobar lo que, de acuerdo con el artículo 784 debe ser acreditado por el patrón. Es de suponerse, sin embargo, que el propósito de la norma no fue tanto la celeridad sino el otorgar una ventaja procesal a los trabajadores para compensar la política empresarial de impedirles tener comprobantes de las condiciones de trabajo.

La práctica, sin embargo, no ha cedido. En los juicios el patrón suele imputar al trabajador, en la medida de lo posible, la carga de probar los hechos en que se funda, práctica peligrosa y propia de litigantes poco maduros.

9. PROCEDIMIENTO ORDINARIO ANTE LAS JCA Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

La LFT regula diversos procedimientos evidentemente con un cierto espíritu de favorecer la celeridad, obviamente de acuerdo con la importancia del conflicto. A tales efectos, prevé un procedimiento ante las juntas de conciliación, de carácter elemental; un procedimiento ordinario; procedimientos especiales; procedimiento de los conflictos colectivos de naturaleza económica; procedimiento de huelga; procedimiento de ejecución; procedimiento de embargo y procedimientos de las tercerías y preferencias de crédito.

A los efectos del tema que nos ocupa, resulta conveniente referirse al procedimiento ordinario. Responde ciertamente a un deseo de acelerar el procedimiento de las leyes anteriores ya que concentra en una sola audiencia las etapas de conciliación, demanda y excepciones y ofrecimiento y admisión de pruebas. Después se celebrará en otras audiencias el desahogo de las pruebas que culminará con los alegatos que pueden producir las partes al concluir esa etapa (artículo 885). En ese momento el expediente pasará a dictamen y en su oportunidad se verificará la audiencia de resolución con la presencia de los representantes de capital, trabajo y gobierno. Dictado el laudo, tal vez por mayoría de votos, se notifica a las partes las que podrán admitirlo o promover juicio de amparo directo en su contra. A partir de ese momento la duración del conflicto dependerá de otras regulaciones, especialmente la Ley de Amparo.

Es frecuente que las partes soliciten en cualquier momento del juicio la diferición de la audiencia en trámite alegando posibilidades conciliatorias o, simplemente, como una gentileza de una de las partes que a petición de la otra acepta suspender la audiencia.

Los antecedentes de este procedimiento eran mucho más lentos. En la LFT de 1931 se celebraba una audiencia de conciliación, otra de demanda y excepciones y otra de ofrecimiento de pruebas, además de las necesarias para su desahogo. Si las partes no asistían a la audiencia de conciliación, no pasaba nada. La Junta señalaba audiencia para la etapa de demanda y excepciones. Hoy en día la etapa de conciliación se ha convertido en una mera fórmula sustancialmente inútil.

En el procedimiento especial se concentran en una sola audiencia la conciliación, demanda y excepciones, ofrecimiento y admisión de pruebas (y, en su caso, las audiencias necesarias para su desahogo, debiendo dictarse el laudo de inmediato. Inclusive, con más optimismo que razones, en el artículo 893 se establece que la resolución deberá dictarse dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se haya presentado la demanda. Es claro que el procedimiento especial atiende a conflictos de menor cuantía y en especial a aquellos que tengan por objeto el cobro de prestaciones que no excedan del importe de tres meses de salario.

10. PROCEDIMIENTO DE HUELGA

Ciertamente el procedimiento de huelga se somete a un trámite particularmente acelerado. Presentado el pliego de peticiones por el sindicato o por la coalición de trabajadores, se convoca a las partes a una audiencia de conciliación. De no llegar a un arreglo, se dejan a salvo sus intereses y en especial el derecho de los emplazantes para estallar la huelga el día y hora anunciados. A partir del estallido, la empresa o cualquier persona interesada cuenta con setenta y dos horas para promover la declaración de inexistencia. Esta se desarrolla en una audiencia de la que pueden derivar desahogos de pruebas de cierta duración como es el recuento de los trabajadores para determinar si la mayoría está en favor de la huelga.

Concluida esa etapa la JCA resolverá sobre la petición. Si declara la inexistencia, concederá a los trabajadores un término de veinticuatro horas para que regresen al trabajo apercibidos de que de no acatar la resolución, se declarará la terminación de las relaciones de trabajo, salvo causa justificada (artículo 932). A partir de ese momento la huelga continúa dependiendo exclusivamente de que el conflicto sea sometido por los trabajadores a la decisión de la JCA, la que deberá resolver, si el conflicto es imputable al patrón, en cuyo caso lo condenará a satisfacer las pretensiones y a pagar los salarios caídos durante el conflicto (artículo 937).

Sin duda alguna el procedimiento de huelga es notablemente rápido, aunque en los términos en que está establecido, incurre en el problema de que no se da oportunidad al patrón de promover la no imputabilidad. Su única alternativa es aceptar las peticiones y pagar los salarios caídos. Esta posibilidad no está especialmente prevista en la ley.

Se puede dar el caso de que después de un largo tiempo de huelga, el sindicato demande la imputabilidad y se llegue al remate de los bienes de la empresa. Eso permite al sindicato adjudicarse los bienes, lo que se producirá libre de gravámenes, impuestos y derechos fiscales. Pero no es difícil, dadas las malas costumbres de algunos sindicatos, que las bienes se enajenen después en beneficio de una empresa supuestamente desconocida pero que no es más que el mismo dueño anterior de los bienes, con una nueva personalidad jurídica. El patrimonio adquirido de esa manera

no padecerá las angustias de la vieja empresa ya que sus gravámenes habrán desaparecido. Tal vez, con notable mejoría de la economía personal de algún dirigente sindical.

11. PROCEDIMIENTO PARAPROCESAL

Una de las novedades de la LFT de 1970 fue el establecimiento del procedimiento paraprocesal o voluntario. El artículo 982 dice que: "Se tramitarán conforme a las disposiciones de este capítulo aquellos asuntos que, por mandato de la ley, por su naturaleza o a solicitud de parte interesadas, requieran la intervención de la Junta, sin que esté promovido jurisdiccionalmente conflicto alguno entre partes interesadas".

Se trata de lo que en la terminología del procedimiento civil se denomina "jurisdicción voluntaria".

Mediante ese mecanismo se pueden producir requerimientos y notificaciones entre las partes, dar aviso de despido cuando el trabajador se niegue a recibirlo, otorgar depósitos y fianzas y, en su caso, su cancelación.

En rigor se trata de un mecanismo que logra la celeridad procesal.

12. LOS MOTIVOS DE LA DURACIÓN DE LOS JUICIOS

En el procedimiento laboral mexicano se descubre la intención de lograr la celeridad. La acumulación de las etapas de conciliación, demanda y excepciones y ofrecimiento y admisión de pruebas introducida en la LFT de 1980, fue una clara demostración de esa intención. En la LFT de 1931, la audiencia de conciliación se celebraba sola y en la de 1970 se incorporó la etapa de demanda y excepciones.

Es frecuente, sin embargo y, hasta cierto punto, lógico, que actualmente se celebren las dos primeras etapas y se aplase la de ofrecimiento y admisión de pruebas. No hay que olvidar que el actor, en función de una práctica procesal suele ofrecer pruebas con su escrito de demanda. Obviamente al producirse la contestación el actor conoce hechos de los que no tenía aparentemente noticias lo que le impide en la etapa de ofrecimiento de pruebas hacerlo de la mejor manera. El aplazamiento de la tercera etapa suele ser frecuente aunque se pierda la celeridad. Claro

está que es un aplazamiento convencional pero en los mismos términos suele darse cuando el actor, al momento de la ratificación de su escrito de demanda, lo aclara o lo complementa en cuya situación las mismas juntas difieren la audiencia para que el demandado pueda preparar debidamente la respuesta ante los hechos invocados que antes no conoció.

Quizá habría que concluir que en este tema de la celeridad intervienen otros factores. Uno de ellos, no previsto en la ley, es el de la múltiple ocupación de los litigantes que en función de otros compromisos urgentes desean posponer la continuación del procedimiento. No se trata de una razón legal pero sí de un hecho más que evidente.

Sería ideal volver a los famosos juicios de barandilla que se establecieron en la Ley Carranza de 1917 en el mismo año de la promulgación de la Constitución. Allí se acumulaban demanda y excepciones, ofrecimiento y admisión de pruebas y el laudo mismo. Hoy una fórmula parecida preside los procedimientos especiales, pero en la realidad es excepcional que allí mismo se dicte una resolución que en todo caso debe ser preparada por un dictaminador.

13. EL PROCEDIMIENTO UNI-INSTANCIAL Y EL JUICIO DE AMPARO

La celeridad ciertamente es una pretensión lógica. Para el empresario demandado, porque las posibilidades de una condena son crecientes, dada la figura de los salarios vencidos o caídos, también conocidos como salarios de tramitación. Para el trabajador, porque recibirá antes las prestaciones a que pueda resultar condenado el patrón demandado.

Lo cierto es, sin embargo, que en México cada vez son más prolongados los procedimientos a pesar de que en el diseño de los juicios, se procuró evitar la segunda instancia a cargo de un tribunal superior.

No obstante, el incremento de la población y las circunstancias económicas han hecho crecer el número de juicios de manera absoluta. No ha aumentado en la misma medida el número de las JCA. Eso provoca el espaciamiento de las diligencias de tal manera que entre una audiencia y la siguiente pueden transcurrir uno a varios meses.

Por otra parte, la segunda instancia que no se adoptó queda sustituida con creces por el juicio de amparo directo en contra de un laudo, que se tramita ante la Justicia Federal la que tampoco es particularmente rápida. Eso si no se atraviesan violaciones procesales, presuntas o reales que durante el procedimiento ante la JCA provocan su suspensión a través del amparo indirecto.

De hecho, el amparo directo constituye en cierto modo un recurso de apelación que en el caso tiene por objeto calificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las decisiones de las juntas. En su tramitación debe darse intervención a la parte contraria, denominada "tercer perjudicado", a la Autoridad responsable, que debe rendir el correspondiente informe y al Ministerio Público, en su carácter de representante del interés social. Es posible también que se solicite la suspensión del acto reclamado, lo que generará audiencias especiales y es factible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación atraiga los asuntos cuando "por su interés y trascendencia así lo ameriten" (artículo 107 constitucional, fracción V), lo que evidentemente resulta motivo de aplazamiento de la resolución.

No pueden olvidarse los mecanismos tramposos que suelen utilizar las partes cuando no les conviene la celebración de alguna audiencia. En la LFT de 1931 cabía la posibilidad de que no estuvieran presentes los representantes del capital y trabajo en cuyo caso algún secretario de acuerdos, a petición de parte, declaraba la no integración de la junta y, en consecuencia, que no se podía seguir adelante con la diligencia. Es claro que esas ausencias no eran precisamente casuales. La LFT vigente suprimió esa posibilidad en beneficio de la celeridad.

Sin embargo con frecuencia las mismas partes provocan la suspensión de las diligencias invocando pláticas conciliatorias que merecen el acuerdo positivo de la autoridad. A nadie le preocupa comprobar la celebración de esas pláticas.

México D. F., agosto de 2009.

LA CELERIDAD DEL PROCESO LABORAL

ÓSCAR ERMIDA URIARTE

1. Introducción. 2. El papel de la justicia del trabajo y del proceso laboral. 3. La cuestión de la celeridad. 4. La cuestión de la autonomía del proceso laboral. 5. La nueva ley uruguaya de procesos laborales autónomos. 6. Breves conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

De los principios generalmente atribuidos al Derecho laboral procesal, el de la celeridad es uno de los menos cuestionados y de los más difíciles de alcanzar en la práctica. Si se ha denunciado la existencia de una brecha importante entre Derecho sustantivo del trabajo y realidad en Latinoamérica, no cabe lugar a dudas respecto a que en el proceso, esa brecha se centra en la cuestión de la celeridad. En la mayor parte de nuestros países, los procesos laborales duran demasiado. En algún momento Russomano señaló, con toda razón, que en América Latina se han aprobado numerosísimas reformas laboral-procesales tendientes a alcanzar la celeridad y que por lo general, la práctica se las devoró a todas, sin alcanzar la ansiada rapidez en la realidad, salvo en los primeros tiempos de aplicación de las respectivas normas.

El tema es central, porque como el mismo Russomano dice, en materia laboral, la sentencia tardía, aun acertada en el fondo del asunto, nunca es justa; es denegación de justicia. De tal modo, en este punto como en ningún otro, se pone de manifiesto el papel instrumental del proceso: su función es garantizar la eficacia del Derecho sustantivo que tiende a aplicar. Si no lo hace o lo hace mal, “deroga” ese Derecho sustantivo que debería haber efectivizado. De la Justicia del trabajo en general y de su celeridad en especial, depende la eficacia del Derecho del trabajo.

En efecto. Simplificando mucho, puede decirse que la eficacia de todo el Derecho del trabajo depende –entre otros–, de tres factores principales, que son los responsables de la aplicación práctica de las normas laborales, de su observancia o cumplimiento en la realidad: *la acción sindical*, ya que entre otras funciones, el sindicato tiene el cometido de hacer cumplir la normativa laboral; *la acción del Poder Ejecutivo*, especialmente a través de la inspección del trabajo o policía del trabajo, que tiene por cometido hacer cumplir las normas laborales; y *la acción de la Justicia del trabajo* que a través del proceso laboral tiene el cometido de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los trabajadores.

Esto es así –respecto de la Justicia del trabajo–, inclusive en los sistemas como la mayor parte de los latinoamericanos, en los cuales el juez resuelve solo el caso concreto. Porque aún en estos casos en que jurídicamente el juez solo resuelve el caso concreto y declara que el señor Pedro le debe pagar cien pesos al señor Juan (o que no tiene nada que pagarle), sin que eso tenga ninguna repercusión jurídica sobre las demás relaciones de otros sujetos, en los hechos, en la realidad, cada sentencia implica un mensaje a la comunidad. En efecto, toda sentencia tiene un mensaje implícito: toda sentencia dice “esto no se puede hacer” o está dando la “luz verde” para ir haciendo determinadas cosas. Por consiguiente, el papel de la Justicia en la eficacia de la normativa laboral es absolutamente central y va mucho más allá de lo que los propios jueces a veces creen, circunscritos a ese principio de la resolución del caso concreto y de la relatividad de la sentencia al caso concreto.

Para hacer alusión a este papel y a los problemas que la Justicia y el proceso enfrentan para hacer cumplir la normativa laboral, todo ello con especial referencia a *la cuestión de la celeridad*, vamos a desarrollar muy

brevemente cinco puntos: primero, la función de la Justicia del trabajo y del proceso laboral; segundo, la cuestión de la celeridad; tercero, la cuestión de la autonomía; en cuarto lugar nos referiremos a la nueva ley uruguaya de procesos laborales autónomos; y finalmente, en quinto término, formularemos unas breves conclusiones. Se agrega, como anexo, el texto de la referida ley.

2. EL PAPEL DE LA JUSTICIA DEL TRABAJO Y DEL PROCESO LABORAL

Sobre la función de la Justicia del trabajo y del proceso laboral hay que comenzar por afirmar algo que a veces se pierde de vista. Ni la Justicia entendida como estructura judicial (o sea, la organización judicial), ni el proceso, son fines en sí mismos. No existen para sí, sino para alcanzar un objetivo mayor: la eficacia, el cumplimiento de las normas de Derecho sustantivo o material. Esto es lo que se denomina el *carácter adjetivo del Derecho procesal*: el Derecho procesal tiene naturaleza instrumental, es accesorio al Derecho sustantivo o material, porque la función del proceso es la de lograr la eficacia del Derecho sustantivo o material al que sirve.

En efecto, así, el proceso laboral y la Justicia del trabajo son *instrumentos, herramientas, mecanismos* para garantizar la aplicación eficaz del Derecho del trabajo.

Ahora bien. Como ya se adelantó, una de las características del Derecho del trabajo latinoamericano es un cierto grado importante de ineficacia. Nosotros mismos hemos hablado de “la brecha entre Derecho y realidad”, Plá Rodríguez ha dicho que la legislación del trabajo latinoamericana sufre una “crisis de autenticidad” y más crudo ha sido Barbagelata, que ha hablado de una “tara de inanidad”. En efecto, lamentablemente, en nuestros países una cosa es la ley y otra muy distinta es lo que de ella se cumple en la realidad de los hechos.

Este grado de ineficacia de las normas laborales tiene múltiples causas. Entre ellas, debe señalarse en primer lugar, una característica peculiar de la norma laboral, que es una norma que “va contra la corriente”, a diferencia de otras. Hay algunas normas, especialmente en el Derecho civil, que se cumplen casi naturalmente y sin llegar a tener noción de que

hay una ley que prescriba tal comportamiento. Por ejemplo, hay una disposición del Código civil que dice que los hijos deben respeto a sus padres y que le deben alimentos o apoyo económico en caso de necesidad. Casi todos nosotros cumplimos con eso sin necesidad de coerción, incluso sin saber que hay una ley que nos obliga. ¿Por qué? Porque lo que hace esa norma es simplemente juridizar algo que ya está en nuestra cultura, que ya está en nuestro hábito, que ya está en nuestra costumbre. De la misma forma, la mayor parte de nosotros no mata ni roba, independientemente de que haya una norma penal que lo prohíba; no lo hacemos porque estamos educados para no hacerlo.

La norma laboral, lo mismo que la tributaria, no es de ese tipo de normas que simplemente consagra a nivel jurídico y legal lo que ya la cultura y la sociedad vienen imponiendo como norma social, cultural o consuetudinaria. La norma laboral, lo mismo que algunas normas financieras, trata de cambiar la realidad; no repite la realidad, no afianza la realidad, sino que trata de cambiarla: la norma laboral constata una desigualdad y crea una desigualdad opuesta para corregir aquella desigualdad originaria, lo que también hacen algunas normas tributarias. Por consiguiente, hay una tendencia egoísta –y tal vez casi “natural”– a no cumplir una norma laboral, como hay una tendencia egoísta y tal vez casi “natural” a evadir las normas tributarias: desde una perspectiva egoísta, si puedo no pagar impuestos, mejor para mí; si puedo pagar menos salario o despedir sin pagar indemnización, mejor para mí... Las laborales son, generalmente, normas que tratan de corregir una realidad injusta, desigual, lo que las hace enfrentar una suerte de resistencia casi instintiva o “natural” de parte de quien estando en una situación de poder, lo ve limitado por ella.

A esta causa central de una cierta ineficacia “natural” de la norma laboral, se suman otras causas de ineficacia: la globalización, la debilidad del movimiento sindical, la debilidad de la Inspección del trabajo y también (y ese es el centro de nuestro tema), una cierta ineficacia de la Justicia del trabajo y del proceso laboral. ¿Por qué una ineficacia jurisdiccional? Por no responder este proceso laboral y esta Justicia del trabajo, tal como están hoy generalmente estructurados en Latinoamé-

rica, a dos de los principales principios del proceso laboral: *la celeridad y la autonomía*.

3. LA CUESTIÓN DE LA CELERIDAD

El tema central es, entonces, el de la celeridad propiamente dicha, o habría que decir, tal vez, el de *la ausencia de celeridad*.

La duración de los juicios laborales es muy variada en los diversos países latinoamericanos, pero en un cálculo conservador, es posible estimar que el promedio supera ampliamente los dos años.

En materia laboral esto no es debido proceso: En materia laboral esto es *indebido* proceso, denegación de acceso a la justicia.

¿Por qué?

Porque normalmente el trabajador no puede esperar. El trabajador está reclamando, si es que tiene razón, unos salarios que se le deben y/o una indemnización por despido que necesita precisamente para el momento en que está desempleado. No puede esperar dos o tres años. Más aún, la sentencia que le da la razón dentro de dos, tres, cuatro o cinco años, es siempre inútil, porque llega cuando el trabajador ya tiene el asunto solucionado (porque consiguió otro empleo y lo que va a percibir ya no tiene ese carácter alimentario propio de las prestaciones laborales) o porque definitivamente el reclamante ya “se murió de hambre” en la espera de un fallo firme, ya sufrió durante dos o tres años todo lo que implica la pérdida del empleo, del sustento, etc.

A esto hay que agregar que en muchos países, como el Uruguay, la deuda laboral es la más barata del mercado. En efecto, en el Uruguay, al menos, si yo dejo de pagar la luz, el agua o los impuestos, tengo automáticamente un 20% de recargo y un cinco por ciento mensual acumulativo; algo similar o peor me sucederá si dejo de pagar la tarjeta de crédito o un vale bancario. Pero –hasta la aprobación de la nueva ley de proceso laboral– si dejaba de pagar el salario, al día siguiente no debía ningún recargo y si demoraba dos meses en hacerlo, tampoco debía ningún recargo. Los recargos recién comenzaban a contar cuando hubiera una demanda judicial y se pagarían con la sentencia, que demoraría un año y medio o tal vez más.

Si bien es cierto que para todo el Derecho rige aquel axioma de que una sentencia tardía no es justicia sino denegación de justicia, esto es mucho más cierto en materia laboral.

Porque la sentencia tardía y más aún, no solo la sentencia tardía, sino la simple *expectativa* de una sentencia tardía (el saber que ante una reclamación la perspectiva es que la sentencia va a demorar dos o más años), implica para el trabajador un estímulo a renunciar a los créditos irrenunciables, aceptando una transacción por una ínfima parte lo reclamado.

Pero el panorama es todavía peor. Porque la perspectiva de lentitud significa, además, para el empleador, un estímulo a no pagar, porque es "buen negocio" no pagar. Es buen negocio "asustar" al trabajador con una sentencia de aquí dos, tres, cuatro o cinco años y así obligarle a transar por una suma francamente inferior a la reclamada.

Pero además, el proceso laboral extenso y lento, tal como generalmente funciona entre nosotros, es además, un dispendio económico, un despilfarro de recursos carente de todo sentido.

En efecto, la inmensa mayoría de las reclamaciones laborales son de bajo monto, por lo cual es económicamente ineficiente utilizar, para resolverlas, un proceso largo, que consecuentemente es caro, mucho más caro que el monto del litigio a resolver. En otras palabras, el *quantum* del conflicto es menor —mucho menor— que el costo del instrumento usado para resolverlo. Para resolver si un señor le debe el equivalente de mil o dos mil dólares a otro, es económicamente ineficiente poner en funcionamiento todo el aparataje de la Justicia; piénsese en el costo de poner en acción varios Juzgados (uno de primera instancia, un tribunal de segundo grado, eventualmente una corte de casación), con los sueldos de jueces y ministros, actuarios, secretarios, alguaciles, más todo el papeleo, las computadoras, etc.; agréguese el costo de funcionamiento de un estudio jurídico por un lado, y por otro lado el estudio jurídico de la otra parte, para finalmente, luego de reproducir estos costos durante dos, tres o cuatro años, resolver que efectivamente se debían —o no— aquellos mil o dos mil dólares. Hubiera sido mucho más sencillo entregarle un cheque por esos mil o dos mil dólares al trabajador, y decirle "no moleste, llévase el cheque". Claro que esto es imposible, porque estaríamos todos haciendo

cola por nuestro cheque de mil o dos mil dólares, pero de todas formas, del punto de vista económico sería una solución mucho más eficiente o racional que poner en funcionamiento a la Justicia.

Por lo tanto, hay que encontrar la fórmula para que la Justicia laboral sea efectivamente rápida y para eso se requiere observar, realizar, cumplir el otro gran principio del Derecho laboral procesal, el de la autonomía.

4. LA CUESTIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL PROCESO LABORAL

¿Por qué la autonomía? Porque no hay celeridad sin plena autonomía del Derecho laboral procesal. Esta es requisito esencial de aquella. La total autonomía del proceso laboral es *conditio sine qua non* de su celeridad.

Es que el proceso civil no es apto para garantizar la eficacia del Derecho del trabajo, ni la rapidez del proceso laboral, y eso por dos razones.

En primer lugar, el proceso civil tiene como principio central la igualdad de las partes. El proceso civil parte del supuesto teórico de la igualdad (artículo 4 del Código General del Proceso de Uruguay) y a partir de esa supuesta igualdad, prioriza garantías, recursos y formalidades, lo que provoca inexorablemente la demora, el alargamiento del juicio.

Pero además —y esto es lo esencial—, desconoce el principio exactamente inverso del Derecho del trabajo, que es el derecho que debe garantizar. En efecto, el Derecho del trabajo parte de una norma constitucional que dice que la ley debe proteger al trabajador (artículo 53 de la Constitución uruguaya) porque está en una situación de desigualdad. El Derecho del trabajo no parte de la suposición de una supuesta igualdad a preservar, sino de la constatación de una desigualdad real que hay que corregir o, por lo menos, disminuir.

Por eso, en el Derecho laboral procesal, el principio no es el de igualdad formal o abstracta, sino su contrario, lo que la doctrina y la legislación española llaman *la desigualdad compensatoria*: se parte de la base de que la desigualdad real entre trabajador y empleador que reconoce el Derecho

sustantivo del trabajo no desaparece en el proceso, sino que se mantiene. En el proceso laboral también hay una parte poderosa y otra débil, una que dispone de recursos y otra que no y —sobre todo— una parte que puede esperar y otra que no puede hacerlo: es respecto a esa desigualdad que debe operar el principio de la desigualdad compensatoria⁽¹⁾.

La segunda razón por la cual el proceso civil no es hábil para solucionar los conflictos laborales, es que no reconoce o desconoce los demás principios del Derecho sustantivo cuya aplicación debería garantizar. En efecto, el proceso civil no solo desconoce el principio protector y de desigualdad, sino que también contradice otros principios del Derecho laboral, como el de primacía de la realidad y el de irrenunciabilidad. Es que en el fondo, desconoce el carácter adjetivo e instrumental del proceso.

Por esta razón, es absolutamente imperioso formular un proceso laboral totalmente autónomo y diferente al proceso civil, diseñado a imagen y semejanza del Derecho sustantivo al que sirve (el Derecho del trabajo, claro está), y que imponga la desigualdad compensatoria, la protección, la primacía de la realidad y la irrenunciabilidad, así como una Justicia del trabajo igualmente especial y autónoma, tal como lo prevé la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales⁽²⁾.

5. LA NUEVA LEY URUGUAYA DE PROCESOS LABORALES AUTÓNOMOS

Hasta ahora, el Uruguay era, sobre todo en el contexto latinoamericano, una excepción negativa: durante alrededor de veinte años fuimos el único país latinoamericano que carecía de una Justicia laboral totalmente especializada y sobre todo que no poseía un proceso laboral autónomo, propio, diseñado a imagen y semejanza del Derecho sustantivo que debe garantizar. Era acuciante la necesidad de instaurar un proceso laboral autónomo que reconociera e impusiera esa desigualdad compensatoria,

(1) Que en el fondo no es otra cosa que el reflejo del principio protector del Derecho sustantivo del trabajo sobre el Derecho adjetivo

(2) Artículo 36: "En cada Estado debe existir una jurisdicción especial del trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos".

el principio de protección del artículo 53 de la Constitución, la primacía de la realidad, y la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

A corregir esa insostenible situación apunta la nueva Ley 18.572 del 13 de septiembre de 2009, que establece para el proceso laboral principios propios y criterios de interpretación e integración derivados del Derecho del trabajo.

Asimismo, crea dos estructuras procesales. Por un lado, *un proceso laboral ordinario*, de dos instancias, pero sumamente abreviado y en el cual, para llegar a la segunda instancia, el empleador condenado debe depositar el cincuenta por ciento del monto de la condena a la orden del juzgado. Ello procura evitar las apelaciones meramente dilatorias. Por otro lado, se prevé *un proceso laboral de pequeñas causas* para asuntos de montos menores, *en instancia única y audiencia única*.

Se estima que el proceso laboral ordinario previsto en este proyecto podría resolverse en unos seis meses en las dos instancias y que el proceso de pequeñas causas en instancia única debería resolverse en no más de un par de meses en juzgados especializados, que se crearían especialmente.

Se agregan *multas y recargos especiales*, para evitar "el negocio de no pagar".

Cabe señalar que esta ley fue la última de las aprobadas en una extensa e intensa legiferación laboral que tuvo lugar entre 2005 y 2009⁽³⁾. Tal proceso legislativo fue coronado por esta norma, a partir de la convicción de que de nada vale aprobar las mejores leyes laborales si no hay una eficaz aplicación de las mismas. Diríamos más: podría hasta pensarse que aprobar excelentes normas sustantivas laborales, dejándolas en manos de una estructura judicial que no cuenta con el instrumento procesal para garantizar su eficacia, sería casi una especie de demagogia populista: aprobar normas laborales fantásticas que seguramente no tendrán posibilidad de aplicación práctica por deficiencias procesales.

(3) Entre otras, se aprobaron las leyes de protección de la actividad sindical, de negociación colectiva en la actividad privada y en el sector público, de tercerizaciones, de prescripción de los créditos laborales, de limitación de la jornada del trabajador rural, de trabajo doméstico, de acoso sexual y de seguridad social de artistas y deportistas.

Sin embargo, habrá que ver, en el futuro mediato, qué suerte corre esta reforma procesal. Los antecedentes –no solo nacionales, sino latinoamericanos en general–, no son buenos. Habrá que ver si logra imponerse a las resistencias burocráticas y corporativas (de jueces y funcionarios que resisten el exceso de trabajo, de abogados empresariales que ven licuarse una de sus estrategias e –increíblemente–, de algunos abogados de trabajadores que no quieren “repartir” trabajo) lo que sería inevitable ante procesos muy concentrados. Habrá que ver si los nuevos procesos laborales logran regir verdaderamente o si terminan deglutidos por una inercia burocrática muy tradicional.

6. BREVES CONCLUSIONES

En estrechísimo resumen, propondríamos tres muy breves conclusiones, la primera teórico-práctica, la segunda dogmática y una última puramente práctica.

1. Está fuera de duda la acuciante necesidad de celeridad del proceso laboral. De ella depende la eficacia real o fáctica de todo el Derecho sustantivo del trabajo. Pero conspiran contra la celeridad múltiples factores, algunos prácticos y otros dogmáticos. Entre estos, destaca la dependencia de formalismos y garantías procesales civiles. Por ello, la celeridad depende, aunque no exclusivamente, de la autonomía.
2. Desde el punto de vista teórico, dogmático, académico o científico, hay que reconocer la necesidad de la absoluta independización del Derecho procesal del trabajo respecto del Derecho procesal civil.

El Derecho del trabajo supo independizarse totalmente del Derecho civil y sin embargo, no ha sabido o no ha logrado –en el caso del Uruguay y de muchos otros países latinoamericanos– independizar al Derecho procesal del trabajo del Derecho procesal civil. Es ese un paso ineludible, porque de él depende, como intentamos mostrar, la eficacia del Derecho laboral. Más aún, deberíamos dejar de hablar de “Derecho procesal del trabajo”, para hablar del “Derecho laboral procesal” o “Derecho

laboral adjetivo” o “Derecho laboral instrumental”, cuyo pilar o piedra fundamental debe ser la desigualdad compensatoria, que es el nombre que en materia procesal tiene el viejo y conocido principio protector.

3. Desde el punto de vista práctico, hay algo alentador e inevitable en el porvenir de todo proceso, no solo del laboral, aunque se trata de un futuro más o menos distante, según los países: la digitalización del proceso. De hecho, en algunas ramas de la justicia brasileña, ya se está implementando un proceso “sin papeles”: demanda presentada por Internet, con una firma digital que es un código; contestación de la demanda del mismo modo; todo el proceso concentrado en una audiencia filmada; sentencia notificada por Internet, etc. Aparte de tener el *glamour* de una gran modernidad, esta práctica ayuda tremendamente a reducir los plazos procesales, porque la digitalización incluye un *software* que elimina los “tiempos muertos” del proceso. Es decir, presentada la demanda a través de Internet, esta ingresa a un servidor que automáticamente le da el paso procesal siguiente, por ejemplo “al despacho”, o “traslado al demandado”, etc., con lo cual desaparecen todos esos tiempos muertos que hay en todos los juzgados, en todos los tribunales, en los que el expediente queda en la oficina mientras sube al despacho o luego de que el juez ya dictó su sentencia o decisión, pero queda ahí esperando que un funcionario lo tome y lo lleve a otro casillero. Todo ese tiempo muerto desaparece porque el *software* hace automáticamente esos pases. Así, de aplicarse estos programas de automatización del proceso, es posible que finalmente su duración no sea superior al de la suma de los plazos previstos en la letra de la ley.

Por lo tanto, desde el punto de vista práctico, tarde o temprano el proceso digital “revolucionará” la práctica procesal y puede constituir otra vía de abreviación del proceso laboral. Es cierto que su puesta en marcha supone una gran inversión, lo que sin duda retrasará tal implementación, pero de todos modos, su advenimiento es inevitable y en el mediano y largo plazo, sin duda significará un ahorro por la vía de la eficiencia.

ANEXO

Ley 18.572 de 13 del septiembre de 2009

PROCESOS LABORALES AUTÓNOMOS

(Diario Oficial, 8.10.09)

CAPÍTULO I

PRINCIPIOS

Artículo 1.- Los procesos laborales se ajustarán a los principios de oralidad, celeridad, gratuidad, inmediación, concentración, publicidad, buena fe y efectividad de la tutela de los derechos sustanciales.

El Tribunal, de oficio, podrá averiguar o complementar la prueba de los hechos objeto de controversia, quedando investido, a tales efectos, con todas las facultades inquisitivas previstas para el orden procesal penal.

CAPÍTULO II

COMPETENCIA

Artículo 2.- Los Tribunales de la jurisdicción laboral entenderán en los asuntos originados en conflictos individuales de trabajo.

CAPÍTULO III

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN PREVIA

Artículo 3.- (Conciliación previa).- Antes de iniciarse juicio en materia laboral, deberá tentarse la conciliación previa ante el Centro de Negociación de Conflictos Individuales de Trabajo o ante la Agencia Zonal del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, según corresponda al domicilio del empleador o al lugar en el que se cumplieron las prestaciones. Cuando en la jurisdicción territorial del Tribunal competente no existan agencias zonales, el reclamante quedará exonerado de tentar la conciliación.

La solicitud de inicio del procedimiento conciliatorio deberá realizarse por escrito presentado por el interesado o por el apoderado, asis-

tido de abogado, salvo que la reclamación fuera por sumas inferiores al equivalente de 20 UR (veinte unidades reajustables). En dicha solicitud deberán indicarse con precisión los hechos que fundamentan el reclamo y el detalle y el monto de los rubros reclamados.

Artículo 4.- (Audiencia y contenido del acta).- La audiencia se convocará para día y hora determinados, con una anticipación no menor de tres días.

En acta resumida deberá señalarse en forma detallada el reclamo, las soluciones propuestas, el resultado final y el domicilio que indiquen las partes.

Si el citado entiende que existe un tercero total o parcialmente responsable deberá individualizarlo en la audiencia, quedando constancia en el acta. Su omisión en este aspecto así como su incomparecencia a la audiencia constituirán presunciones simples contrarias a su interés en el proceso ulterior.

El acuerdo a que se arribe en el procedimiento habilitará su ejecución forzada por los procedimientos propios regulados en el Título V del Libro II del Código General del Proceso.

Artículo 5.- (Domicilio).- El domicilio fijado por las partes en la audiencia de conciliación administrativa previa se tendrá como válido para el proceso, siempre que se iniciare dentro del plazo de un año computable desde la fecha del acta respectiva.

Artículo 6.- (Solicitud de constancia).- Si el trámite administrativo no hubiere culminado, dentro de los treinta días contados a partir de la solicitud de audiencia, el trabajador podrá solicitar una constancia con la que podrá interponer la demanda.

CAPÍTULO IV

PROCESO LABORAL ORDINARIO

Artículo 7.- (Ámbito de aplicación).- Con excepción de lo establecido en normas que prevean procedimientos especiales, en materia laboral el proceso se regirá por lo previsto en esta ley.

Artículo 8.- (Demanda).- La demanda se presentará por escrito en la forma prevista en el artículo 117 del Código General del Proceso. Deberá incluir el valor total de la pretensión y la liquidación detallada de cada uno de los rubros reclamados, lo que deberá ser controlado por el Tribunal, que dispondrá se subsanen los defectos en el plazo de tres días con apercibimiento de tener por no presentada la demanda.

Artículo 9.- (Traslado, convocatoria a audiencia única y contestación de la demanda).- Interpuesta la demanda en forma, el Tribunal decretará el traslado y emplazamiento al demandado; al mismo tiempo convocará a las partes a una audiencia dentro de un plazo no mayor a los sesenta días contados a partir de la fecha de la presentación de la demanda. El demandado contestará por escrito en la forma prevista en el artículo 130 del Código General del Proceso, dentro del término de diez días hábiles perentorios e improrrogables, debiendo oponer al mismo tiempo, si las tuviere, todas las excepciones referidas en el artículo 133 del Código General del Proceso.

Artículo 10.- (Reconvención, citación y noticia de terceros).- En ningún caso procederá la reconvención, el emplazamiento o la noticia de terceros. Cuando por las circunstancias previstas en los artículos 3 y 6 de la presente norma no haya mediado instancia de conciliación previa, el demandado, si entiende que existe un tercero responsable, al contestar la demanda podrá individualizarlo, pudiendo este ser emplazado si así lo considera el actor.

En tal caso, aquél no podrá objetar la procedencia de su emplazamiento y deberá comparecer dentro del término de diez días hábiles perentorios e improrrogables, por escrito en la misma forma prevista para la contestación de la demanda.

Artículo 11.- (Traslado de las excepciones).- De las excepciones opuestas se dará traslado al actor por el plazo de tres días hábiles. Vencido el plazo o contestado el traslado, se dictará resolución, si correspondiere.

Artículo 12.- (Resolución sobre las excepciones).- Todas las excepciones serán resueltas en la sentencia definitiva, salvo la de incompetencia por razón de territorio o de cuantía. En este caso la sentencia se dictará en plazo de seis días y admitirá recurso de apelación con efecto suspen-

sivo, que deberá ser interpuesto en plazo de tres días y sustanciarse con un traslado a la contraparte por igual término.

Artículo 13.- (Diligenciamiento de la prueba).- Dentro de las cuarenta y ocho horas de recibido el escrito de contestación de demanda o de traslado de las excepciones al actor, el Tribunal fijará el objeto del proceso y de la prueba, se pronunciará sobre los medios probatorios y ordenará el diligenciamiento de la que corresponda, instrumentando todo lo que sea necesario para agotar su producción en la audiencia única.

En caso de allanamiento total a la pretensión o cuando no se hubiera contestado la demanda en tiempo, el Tribunal fijará fecha para el dictado de la sentencia definitiva.

Artículo 14.- (Audiencia única).- Las partes deberán comparecer a la audiencia en forma personal, salvo que a juicio del Tribunal exista un motivo justificado que habilite la comparecencia por representante. La inasistencia no justificada del actor a la audiencia determinará el archivo de los autos. En caso de inasistencia no justificada del demandado el Tribunal dictará sentencia de inmediato, teniendo por ciertos los hechos afirmados por el actor en la demanda y estando a la prueba obrante en autos con anterioridad a la audiencia.

Iniciada la audiencia, se cumplirán las siguientes actividades:

1. Las partes ratificarán el contenido de la demanda y de la contestación, y podrán aclarar sus extremos, si a juicio del Tribunal resultaren oscuros o imprecisos.
2. El Tribunal ordenará el pago de los rubros o montos no controvertidos con las condenas accesorias preceptivas y los recargos, reajustes e intereses que correspondan y tentará la conciliación en los demás. Esta resolución será apelable sin efecto suspensivo y constituirá título de ejecución.
3. El diligenciamiento de toda la prueba pendiente que el Tribunal estime necesaria.
4. Las resoluciones dictadas en el curso de la audiencia, así como la que fija el objeto del proceso y de la prueba y provee sobre los medios

probatorios admitirán recursos de reposición y apelación con efecto diferido, los que deberán proponerse y anunciarse, respectivamente, en la propia audiencia.

5. Las partes podrán formular sus alegatos de bien probado en la audiencia o reservarse hacerlo por escrito dentro del plazo que fije el Tribunal, que no podrá exceder de diez días corridos. En tal caso, el término para dictar sentencia definitiva quedará reducido en el mismo número de días dispuestos para alegar por escrito.

Artículo 15.- (Sentencia definitiva).- El Tribunal podrá dictar sentencia definitiva en la audiencia única o dentro de los veinte días siguientes a la misma, a cuyos efectos fijará fecha, sin necesidad de realizar otra convocatoria.

En los procesos regulados por esta ley, las sentencias que condenen al pago de créditos laborales de cualquier naturaleza deberán establecer el monto líquido de los mismos, incluidas las multas, intereses, actualizaciones y recargos que correspondieren.

Artículo 16.- (Actualización monetaria e interés legal).- En los procesos regulados por esta ley, el monto líquido del crédito reconocido por sentencia generará un interés del 6% (seis por ciento) anual contado desde la fecha de su exigibilidad, además de la actualización monetaria prevista en el Decreto Ley N° 14.500, de 8 de marzo de 1976, y de los daños y perjuicios establecidos por el artículo 4 de la Ley N° 10.449, de 12 de noviembre de 1943.

Artículo 17.- (Apelación y segunda instancia).- El plazo para interponer el recurso de apelación contra la sentencia definitiva de primera instancia será de cinco días perentorios e improrrogables contados desde la fecha de dictada. Si la sentencia se dictare en audiencia, el recurso deberá ser anunciado en la misma audiencia disponiendo de cinco días perentorios e improrrogables para expresar y fundar por escrito los agravios. Si la sentencia se dictare fuera de audiencia, el recurso será interpuesto por escrito fundado en el que se expresarán los agravios y sus fundamentos.

Si la sentencia fuera de condena, el apelante deberá depositar el 50% (cincuenta por ciento) del monto a la orden del Juzgado y bajo el

rubro de autos. En caso de no cumplirse con este requisito la apelación será rechazada sin más trámite y se tendrá por desistido al apelante.

Del recurso de apelación se dará traslado a la contraparte por el término de cinco días perentorios e improrrogables.

Evacuado el traslado o vencido el término para hacerlo, se elevará el expediente ante el Tribunal que corresponda en un plazo no mayor a los cinco días hábiles.

El superior dictará sentencia dentro de los treinta días contados desde que los autos hayan ingresado al Tribunal; en caso de discordia dicho plazo se extenderá proporcionalmente. Recibidos los autos por el Tribunal, en plazo de cuarenta y ocho horas se señalará la fecha del acuerdo dejándose constancia y serán pasados a estudio simultáneo durante siete días corridos. Finalizado el estudio se considerará en el acuerdo y, acordada sentencia, será dictada en plazo de diez días. En caso de discordia, en el mismo acuerdo se sorteará la integración y, reunidos los votos necesarios, se dictará sentencia en el mismo plazo.

Artículo 18.- (Otros recursos).- Las resoluciones que resuelvan los incidentes serán apelables con efecto diferido en la forma prevista en el párrafo final de este artículo.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12 y en el numeral 4 del artículo 14 de la presente ley, contra todas las demás providencias que se dicten durante el proceso no se admitirá otro recurso que el de reposición.

Este recurso deberá interponerse en audiencia si la resolución se dicta en la misma, o dentro de los tres días si la resolución se dictara fuera de audiencia.

El recurso de reposición interpuesto contra la sentencia interlocutoria dictada fuera de la audiencia se sustanciará con un traslado de tres días.

CAPÍTULO V PROCESO DE MENOR CUANTÍA

Artículo 19.- (Ámbito de aplicación).- Los asuntos cuyo monto total no supere la suma de \$ 81.000 (ochenta y un mil pesos uruguayos),

que será actualizada anualmente por la Suprema Corte de Justicia, se sustanciarán en instancia única, por el procedimiento establecido en los artículos siguientes.

Artículo 20.- (Demanda).- La demanda se deducirá por escrito en la forma prevista en el artículo 8 de esta ley.

Artículo 21.- (Traslado de la demanda y convocatoria a audiencia única).- Interpuesta la demanda y dentro de las cuarenta y ocho horas de recibida, el Tribunal proveerá:

1. Ordenando el traslado y emplazamiento del demandado, previniéndolo que deberá concurrir a la audiencia única munido de toda la prueba que pretenda ofrecer.
2. Convocando a las partes a la audiencia única en un plazo no mayor a los diez días contados a partir de la fecha de la presentación de la demanda.

Examinando los medios probatorios ofrecidos por el actor ordenará el diligenciamiento de los que corresponda, instrumentando todos los mecanismos necesarios para que ello se agote en la audiencia única.

Artículo 22.- (Audiencia única).- Las partes deberán comparecer a la audiencia en forma personal, salvo que a juicio del Tribunal exista motivo justificado que habilite la comparecencia por representante.

La inasistencia no justificada del actor a la audiencia determinará el archivo de los autos. En caso de inasistencia no justificada del demandado, el Tribunal dictará sentencia de inmediato, teniendo por ciertos los hechos afirmados por el actor en la demanda.

En la audiencia se cumplirán las siguientes actividades:

1. El demandado contestará la demanda y podrá oponer excepciones. En ningún caso podrá reconvenir o solicitar el emplazamiento de terceros.
2. De las excepciones se dará traslado al actor quien deberá contestar en la audiencia y todas serán resueltas en la sentencia definitiva.

3. El Tribunal tentará la conciliación y, en caso de no prosperar, fijará el objeto del proceso y de la prueba y acorde con ello la recibirá.
4. Oirá los alegatos de ambas partes y dictará sentencia en la misma audiencia o dentro del plazo de seis días, a cuyos efectos fijará fecha sin necesidad de realizar otra convocatoria.

Artículo 23.- (Recursos).- Las resoluciones dictadas en el curso del proceso solo admitirán el recurso de reposición.

CAPÍTULO VI DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 24.- (Representación judicial).- Con la sola presentación de la demanda el letrado firmante quedará investido de la representación judicial del trabajador con las más amplias facultades de disposición, salvo la cesión de créditos. En todo momento podrá dejar sin efecto o sustituir esta representación judicial.

Artículo 25.- (Notificaciones).- Con excepción del auto que ordena el traslado de la demanda, emplazamiento y la convocatoria a la audiencia única, que será notificado personalmente en el domicilio del demandado, todas las demás providencias se notificarán en la oficina, en los términos del primer párrafo del artículo 86 del Código General del Proceso.

Artículo 26.- (Plazos).- Todos los plazos previstos en la presente ley son perentorios e improrrogables.

Artículo 27.- (Ejecución de sentencia).- La ejecución de sentencia se llevará a cabo en los Juzgados especializados que hayan conocido en el proceso de conocimiento. En caso de concurso, se estará a lo dispuesto por la Ley N° 18.387, de 23 de octubre de 2008.

Artículo 28.- (Gratuidad).- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la presente ley, todas las actuaciones administrativas y judiciales serán gratuitas para la parte actora, incluidos impuestos y tasas registrales y catastrales, expedición de testimonios o certificados de partidas y sus legalizaciones.

Artículo 29.- (Multa).- La omisión de pago de los créditos laborales generará automáticamente, desde su exigibilidad, un recargo del 10% (diez por ciento) sobre el monto del crédito adeudado.

Artículo 30.- (Interpretación).- Las normas procesales deberán ser interpretadas conforme a los principios enunciados en el artículo 1º de la presente ley y a los principios y reglas que integran el bloque de constitucionalidad (artículos 72 y 332 de la Constitución de la República).

Artículo 31.- (Integración).- Todo lo que no esté previsto en la presente ley se regirá por lo dispuesto en las disposiciones especiales en materia laboral y en el Código General del Proceso en cuanto sea aplicable, se ajuste a lo dispuesto en los artículos 1 y 30 de esta ley y no contradiga los principios del Derecho del trabajo.

Artículo 32.- (Disposición transitoria).- La presente ley se aplicará a las reclamaciones iniciadas a partir de su entrada en vigencia, aún cuando se hubiesen promovido procesos preliminares con anterioridad.

LA CELERIDAD PROCESAL: ¿UN DESIDERATUM, UNA ENTELEQUIA?

MARIO PASCO COSMÓPOLIS

En el caso del proceso laboral la rapidez es, más que un ideal, una necesidad, ya que el carácter alimenticio de los beneficios que se pretenden y, las dificultades económicas que por lo regular tiene que afrontar el trabajador, le impiden sobrellevar todas las dilaciones y demoras de un juicio prolongado.

Américo Plá Rodríguez

1. La dimensión ética: el retardo judicial como denegación de justicia.
2. La morosidad judicial y sus causas.
3. Bases procesales para la búsqueda de celeridad.
4. El proceso oral: el nuevo paradigma.
5. Colofón.

El título para este trabajo es desafiante, y nos viene propuesto/impuesto por el tema del Seminario Internacional de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo de la Seguridad Social en el que se presenta.

¿Es, en efecto, la celeridad procesal tan solo una aspiración, un deseo no cumplido, inalcanzable, apenas un *desideratum*? ¿Es algo irreal, según la segunda acepción de entelequia que consigna el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE)?

Estamos firmemente convencidos de que no es así. La celeridad procesal es no solo posible, sino necesaria, imperativa, como predica el maestro Plá en la glosa que preside estas líneas.

Pocos aforismos han sido más citados que aquel que dice que justicia retardada es justicia denegada, o, en otra versión, que justicia retardada no es justicia.

Lo llamativo es que esta frase no es reciente; se remonta a muchos siglos, lo que da idea de la antigüedad del problema, agravado obviamente por la predominancia de los procedimientos escriturarios sobre los orales.

1. LA DIMENSIÓN ÉTICA: EL RETARDO JUDICIAL COMO DENEGACIÓN DE JUSTICIA

Son incontables las manifestaciones de pesar, de disgusto, de abierta crítica o de indignación que despierta la morosidad en la administración de justicia.

Es que en la dimensión ética envuelta en esta problemática aparecen confundidos jueces, abogados y litigantes, todos los cuales, en alguna forma, tienen parte de la responsabilidad.

El gran maestro uruguayo Eduardo J. Couture decía, décadas atrás:

“La naturalidad de nuestra justicia lenta nos envuelve y nos domina. Los magistrados apenas la perciben porque su falta de contacto con los interesados los priva del espectáculo de su desesperación [...]. Por otra parte es menester recordar que en el procedimiento, el tiempo es algo más que oro, es justicia. Quien dispone de él tiene en la mano la carta de triunfo. Quien no puede esperar se sabe, de antemano, derrotado. No es posible desconocer que un proceso que dura tanto tiempo constituye una tentación para el litigante malicioso. Siendo notorio que es posible vencer por fatiga, cuando no se puede vencer en derecho [...]. El problema de la duración del proceso deriva, así, naturalmente, en el problema de la inmoralidad, de la falta de probidad y de lealtad en la lucha judicial”⁽¹⁾.

(1) COUTURE, Eduardo J.: *Estudios de derecho procesal civil*. Depalma, Buenos Aires, 1979.

Es que, como nos lo recuerda Néstor de Buen:

“La celeridad no responde solamente a una idea de desahogar con presteza un procedimiento de por sí doloroso ya que suelen ventilarse, sobre todo, cuestiones de despido, sino al problema económico que resulta para el trabajador de la falta de ingresos, susceptible de ser remediado mediante el pago de las prestaciones a las que el tribunal de trabajo condene al empleador, en su caso”⁽²⁾.

Como se ha dicho tantas veces, los derechos que se controvierten en un juicio laboral no son meramente crematísticos, pues llevan invólucro el elemento trabajo como actividad humana fundamental, objeto de atención y protección por los estados, y que las remuneraciones —que bajo diversas modalidades son, por lo general, el eje de las demandas judiciales— tienen carácter alimentario.

El retardo de la justicia, ya de por sí reprobable en los litigios comunes, adquiere otra dimensión y otros matices cuando se trata de los derechos del trabajador que afectan su dignidad y su propia personalidad.

Por otro lado, el incumplimiento que se agudiza con el retardo tiene dos caras: la del que lo sufre, que es el trabajador, y la del que lo aprovecha y por eso mismo muchas veces lo provoca, lo estimula y lo disfruta.

“Si Menger decía con cierta ironía que ‘hemos perfeccionado de un modo tal la administración de la justicia, que resulta imposible para la mayoría de la población’, toda vez que las instituciones ‘complicadas y costosas’ favorecen sobre todo a ‘las gentes ricas y cultas’, Salvioli, quejándose de que ‘en el siglo del telégrafo y teléfono sin hilos —qué diría de los avances de hoy—, el rito judicial se (moviera) con una lentitud ridícula’, entendía que todo se combinaba ‘de modo que en lugar del derecho triunfe el litigante más astuto y temerario y los pobres resulten derrotados siempre’, siendo el procedimiento civil ‘un terreno inmejorable para que el rico prepare emboscadas y eleve trincheras’, mientras

(2) DE BUEN LOZANO, Néstor: *Derecho procesal del trabajo*, Porrúa, México D. F. 1996, p. 1.

que el penal es 'una red cuyas mallas se ensanchan o estrechan según la fortuna del que en ella cae'”(3).

2. LA MOROSIDAD JUDICIAL Y SUS CAUSAS

Probablemente, la causa primaria de la morosidad judicial radica en el sistema procesal, pero no es ciertamente la única.

Hay causas estructurales y causas conductuales, que se traducen en lo que el profesor Boaventura de Sousa Campos⁽⁴⁾ denomina morosidad activa y morosidad pasiva.

“La morosidad se presenta, en la percepción general de la sociedad, y no solamente de la brasileña, como el principal bloqueo para una efectiva prestación jurisdiccional. En efecto, los conflictos sociales que la actuación del Estado-Juez pretende componer o inhibir ostentan, por lo general, un grado de tensión que no convive con el estado de latencia que la demora de la solución sugiere.

Apoyado en un método más complejo de análisis en el ambiente judicial, que no se limita al fenómeno dogmático sino, yendo más allá, para percibir los profundos influjos sociales políticos y económicos, Boaventura trabaja con la idea de morosidad sobre dos prismas: la *morosidad activa* y la *sistémica*. La morosidad activa proviene de la actuación positiva de los actores sociales que actúan en el escenario judicial. ‘Son casos de procesos en el escritorio, de intencional no decisión, como consecuencia de los conflictos de intereses en que están envueltos’. En estos, ‘es natural que las partes y los responsables por encaminar una decisión utilicen todos los tipos de excusas protelatorias posibles’⁽⁵⁾.

I. La primera tiene lugar cuando no hay interés de la parte, especialmente del reo, en la efectividad del proceso, utilizándose bien de los

(3) GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 17, nota 10.

(4) Citado por ATHAYDE CHAVES, Luciano: *Jurisdição trabalhista no Brasil: bloqueios e desafios*. En *Revista de Derecho Social Latinoamericana*, N° 4-5, México D. F., 2007, p. 84.

(5) *Ibidem*, pp. 84-108. Las citas entre comilla simple, del texto original, remiten a SANTOS, Boaventura de Sousa: *Para una revolução democrática da justiça*, Cortez, São Paulo, 2007, p. 42 y ss.). Texto original en portugués. Traducción libre del autor.

privilegios procesales (en el caso, por ejemplo, del Poder Público), bien de maniobras dilatorias o embrolladas, muchas de ellas presuntamente legitimadas por una tesis de reglas procesales que, en el afán de conferir aparente seguridad, acaba por proyectar una ideología al apuntar para un procedimiento necesariamente lleno de incidentes e ineficaz.

Otra de las ‘manifestaciones de morosidad activa reposa en la ya conocida tendencia de los litigantes pasivos (demandado, reo o ejecutado) en utilizar expedientes procrastinatorios. En esa línea están los requerimientos de producción de pruebas inútiles o impertinentes [...], requerimientos sin objetividad para establecer un contradictorio inútil (impugnar, por ejemplo, una valoración solo para ganar tiempo), oposición a ejecución o recursos sin fundamento, acciones de tutela o amparo sin fundamento para su interposición, entre otras manifestación de esa conducta deletérea que atenta contra la deontología y la ética procesales’./ Llega a sorprender como las herramientas supuestamente garantistas de un debido proceso legal han sido paulatina e históricamente corrompidas para constituir una ideología que admite, de forma muchas veces condescendiente, actitudes manifiestamente contrarias a los objetivos procesales y al propio orden jurídico-constitucional (me refiero, hoy, al derecho fundamental a la duración razonable del proceso, por ejemplo). p. 85

II. La segunda expresión de morosidad activa reposa en la constatación de que la efectividad procesal no es todavía un valor presente en la praxis de los actores sociales, que hacen actuar a voluntad al Estado-Juez, esto es: los jueces y el aparato judicial considerado en su organicidad y dinámica./ Se trata de un aspecto que revela un modo de actuar colectivo que, en general, reproduce ideologías procedimentales muy formalistas y tradicionales, así como baja capacidad de sintonía con el carácter instrumental del proceso y la necesidad de buscar el resultado concreto de las demandas, en un plazo y en condiciones tales que atiendan a los postulados más elevados de la ciencia procesal.

En cuanto a la morosidad activa, el profesor brasileño desarrolla los conceptos siguientes:

a. Constituyendo el esqueleto normativo-procedimental la referencia primera para la dirección de los ritos procesales, la superación de los

bloqueos de jurisdicción debe pasar necesariamente por la crítica del sistema y la identificación de puntos para el perfeccionamiento legislativo del proceso de trabajo./Pese a que el proceso laboral presente muchos aspectos de celeridad e inquisitorialidad, los cuales [...] le dan un cariz más dinámico y efectivo (de tal modo que han inspirado muchos cambios e innovaciones en los otros subsistemas procesales, como los del consumidor y de los juicios especiales) me parece adecuado tener en cuenta que algunos avances conceptuales y la superación de algunas técnicas no compatibles con los tiempos actuales requieren orientar un esfuerzo para su puntual reforma y modernización.

La observancia de los llamados derechos procesales fundamentales indica la necesidad de la práctica de un método que no obstruya la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional material en razón de herramientas de la dogmática procedimental irreconciliables, en el caso concreto, con los propósitos de la función del Estado-Juez. Modelos estáticos de procedimientos no concurren, necesariamente, para el ejercicio de una actividad jurisdiccional cercada de seguridad jurídica. Ese concepto, tomado de forma monolítica, puede implicar justamente el efecto que pretende cubrir: la injusticia. Por cierto que esa renovada idea de la metodología jurídico-procesal no sugiere el arbitrio. Las señales de esa actuación deben ser dadas por lo que Alberto Álvaro de Oliveira indica como 'red de derechos procesales fundamentales', formada por preceptos como: contradictorio, deber de motivación, juez natural, igualdad, etc. Así, es posible admitir la ductibilidad procedimental en homenaje al acceso a la justicia y al derecho de efectivización de la tutela jurisdiccional sin que, con esa toma de posición, se comprometa la seguridad jurídica, pues esa idea, en el panorama de un sistema jurídico-procesal orientado por valores (Canaris) y principios, implica decir que 'la seguridad jurídica deja de ser estática, para convivir con un derecho más flexible y menos rígido [...] no se cuida más de un genérico derecho al proceso asentado en derechos estáticos'".

Con expresión distinta, pero con conceptos equivalentes, podemos considerar que hay causas sistémicas o estructurales y conductuales en la morosidad. Estructurales vendrían a ser las que los maestros brasileños denominan morosidad pasiva; conductuales, la morosidad activa.

2.1. Causas sistémicas o estructurales de la morosidad

Creemos que la excesiva duración de los procesos tiene su origen, fundamentalmente, en el sistema procesal vigente, que es un esquema dispositivo y básicamente escriturado.

¿Proceso dispositivo o inquisitivo?

Al respecto, Murgas⁽⁶⁾ se interroga acerca de si la justicia laboral debiera ser dispositiva o inquisitiva, y concluye en lo siguiente:

"En realidad los poderes del juez ya son parte integrante de la concepción actual del derecho procesal, por lo que el concepto mismo de lo dispositivo y lo inquisitivo ha variado. El Juez no es más el famoso 'convocado de piedra' y no se discute la necesidad de que tenga poderes en la aportación de pruebas y en la dirección, impulso y saneamiento del procesos. En lo fundamental, la diferenciación entre ambos sistemas se centraría en lo relativo a la forma en que se inicia la actividad procesal, o sea, si el juez está facultado para proceder sin necesidad de demanda; y a si el juez puede determinar o alterar el objeto del proceso. En esto concordamos con Fábrega [quien] señala los siguientes elementos para determinar si un proceso es inquisitivo o dispositivo:

- a. Principio de que los tribunales solo asumen competencia por gestión de parte privada, afectada o interesada (*nemo iudex sine actore*).
- b. Autonomía de las partes en la determinación del objeto del proceso.
- c. Principio de congruencia respecto de los hechos invocados por las partes y las peticiones de las mismas.

(6) MURGAS TORRAZZA, Rolando: *La justicia laboral en Iberoamérica*. En: *Estudios de procedimiento laboral en Iberoamérica. Homenaje a Don Rafael Alburquerque*. Coordinador: M.R. Herrera Carbuca. Santo Domingo, 2008, T. II, p. 389.

- d. Pleno poder de las partes para disponer del núcleo litigioso y del propio proceso (transacción y desistimiento).
- e. Naturaleza de la confesión.
- f. El principio del contradictorio”.

Por nuestra parte, persuadidos de que uno de los principios que nor-tean al proceso laboral es el de veracidad, con arreglo al cual el juez está en el deber de buscar la verdad auténtica, más allá de la verdad aparente o procesal, consideramos que para ello es indispensable que cuente con amplias facultades, no para actuar solo en la periferia del proceso, sino para conducirlo en lo sustancial y erigirse en el protagonista.

Con ello, no solo apuntará rectamente al resultado cierto, sino –y esto es importantísimo– impulsará el proceso para que se desarrolle dentro de sus cauces y, sobre todo, dentro de sus términos temporales.

Si un juez consiguiera que todos los plazos teóricos dispuestos en la normativa se cumplan, el proceso discurriría en tiempos ajustados. Por lo tanto, si el juez es dotado de poderes suficientes, y los ejercita, la meta de la celeridad se alcanzaría por sí sola, caería como fruta madura.

Por lo tanto, la inicial búsqueda de la celeridad deberíamos conducirla al simple respeto y cumplimiento de la legalidad procesal.

Sobre esa base, entendemos que el proceso laboral, sin dejar de reposar sobre una estructura dispositiva, debe tener una profunda penetración inquisitiva.

Ahora bien, en esto como en todo debe haber prudencia, porque los excesos pueden llevar a conclusiones erróneas. Así sucedió, sin más, con la interpretación que el Pleno Jurisdiccional de magistrados laborales peruanos dio a la obligación de juez de impulsar el proceso de oficio, que está en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, recogido en el artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal de Trabajo vigente. De ello concluyeron que, como consecuencia, en el proceso laboral no cabía el abandono.

El resultado ha sido que centenares, acaso millares, de expedientes acumulan polvo en los abarrotados despachos judiciales, sin que existe

medio razonable para archivarlos. Por cierto, podría sostenerse que el juez debe activarlos y, en su momento, resolverlos, pero ¿qué sucede con aquellos cuya probanza no ha concluido por obstáculos insalvables?

Más razonable es, sin duda, la previsión del proyecto de nueva ley, que contempla el abandono en forma a nuestro ver satisfactoria⁽⁷⁾.

¿Sistema escrito u oral?

En cuanto al sistema procesal, Cappelletti describe con acierto las características del proceso común en cuanto a esta materia; características que considera estrechamente conectadas entre sí y que:

“confluían en un tipo de proceso exageradamente lento, con una neta separación del juez de los hechos y, por consiguiente, con una forma de exaltación de las cuestiones abstractas del derecho con respecto a aquellas concretas de hecho, con un exceso de formalismo paralizante, especialmente, pero no únicamente, en la admisión, asunción y evaluación de las pruebas, y en fin con un sistema procesal que no corresponde a la filosofía experimental, a las exigencias de eficiencia y al sentimiento de justicia del mundo moderno”⁽⁸⁾.

Juan Rafael Perdomo⁽⁹⁾, con apoyo en el mismo prestigioso autor y citándolo, rompe lanzas por el proceso oral:

“La oralidad significa, en este enfoque, un cierto tipo de procedimiento que se opone a aquel que aparece en el área

(7) Le fija un término de un año, mucho más amplio, pero no excesivo, en relación con el abandono en el proceso civil.

(8) CAPPELLETTI, Mauro, citado por PERDOMO, Juan Rafael: *Orientaciones jurisprudenciales de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela*. En: *Estudios de procedimiento laboral en Iberoamérica. Homenaje a Don Rafael Alburquerque*. Coordinador: M.R. Herrera Carbuca. Santo Domingo, 2008, T. II, p. 95.

(9) *Ibidem*, p. 96.

iberoamericana (dentro de la familia del *civil law*) en el que aparece un absoluto predominio de la escritura. Según Mauro Cappelletti, este proceso tiene varias características las cuales, generalmente, aparecen relacionadas íntimamente y que son las que distinguieron al proceso común (romano-canónico). En primer lugar es el de la escritura presidido por el principio de que *quod non est in acta non*; en segundo lugar la ausencia de todo contacto directo entre el juez y las partes y también los peritos y testigos o toda otra fuente de información como lugares y cosas. El tercer carácter es el criterio de apreciación de la prueba (o prueba tasada), quitándole al juzgador toda posibilidad de buscar por sí la verdad. El cuarto carácter es el de la realización del procedimiento en etapas separadas y clausuradas por términos preclusivos en las cuales se va desarrollando el trámite; las escrituras provocan las contra escrituras, dice el maestro florentino, que se van escalonando en un interminable lapso provocando la excesiva duración del trámite”.

Hoy los vientos vienen cambiando profunda y certeramente. Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela, han implantado nuevos sistemas procesales basados en la oralidad. Están en esa misma línea Costa Rica, Perú, Uruguay. Por doquier se reconoce que el viejo método escriturario agotó sus posibilidades sin haber alcanzado en parte alguna resultados positivos; todo lo contrario, la lentitud de los procesos es el mal más generalizado y la fuente de las mayores críticas al sistema judicial, que ya es dramática en los procesos comunes, y alcanza dimensión trágica en los laborales, por las razones destacadas por el maestro Plá.

Esto, que destacamos como premisa, será retomado en este ensayo como corolario o conclusión.

2.2. Causas conductuales de la morosidad

Respecto a las causas conductuales se ha discurrido mucho; pero no siempre se destaca con igual énfasis el rol del comportamiento de jueces, abogados y litigantes; así como la enorme incidencia que tienen en el retardo judicial.

Por lo tanto, la búsqueda de la celeridad “no puede darse solo por vía de legislación. Es indispensable un cambio de actitud, de cultura procesal; cambio que debemos exigirles a los jueces, pero también y sobre todo a los abogados”⁽¹⁰⁾.

Un notable juez brasileño, español de nacimiento, Valentín Carrión, lo expresaba con elocuencia. Él hablaba de:

“La concupiscencia de pedir sin tener derecho o la malicia de pleitear más de lo debido, o sin tener posibilidades razonables de probar, así como la malicia de resistir, de oponerse sin razón a la justa pretensión, está expresamente vedada hace mucho tiempo.

[...].

Es difícil, si no imposible, que el litigio, de mala fe, tal como se encuentra claramente configurado en la ley, no esté presente en la mayor parte de los autos. Por eso, los asesores jurídicos son habitualmente llamados e instruidos para ganar tiempo y continuar pleiteando con recursos protelatorios o convencidos de su sinrazón”⁽¹¹⁾.

Luis Vinatea critica fuertemente al proceso actual porque “permite que quien plantee una demanda no asuma ninguna responsabilidad por hacerlo. Se puede demandar, muchas veces masivamente, lo que uno quiera —el cielo es el límite— y gratis. Desde esa perspectiva, los incentivos para demandar sin sustento son altos y, por lo tanto, la cantidad de procesos frívolos o injustificados resulta enorme”⁽¹²⁾.

En la otra orilla, sostiene que:

(10) CARRIÓN, Valentín: *Processo judiciario para o Século XXI*. En: *VV. AA., Direito e processo do trabalho. Estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano*. Coordinadores: Estêvão Mallet y Luiz Varlos Amorim Robortella. LTr, São Paulo, 1996, p. 589.

(11) *Ibidem*, pp. 592 y 593.

(12) VINATEA RECOBA, Luis: *La oralidad en el proceso laboral*. En: *El Peruano*, Lima, 21 de octubre de 2009.

“El proceso laboral vigente permite que quien debe cumplir una obligación considere que le es más beneficioso y rentable incumplirla, porque sabe que si le exigen cumplir la obligación por vía del proceso actual cuenta como mínimo con un plazo de entre dos y tres años para realizarlo, a una baja tasa de interés y con probabilidades de que la obligación principal (una suma de dinero) disminuya por efecto de un acuerdo con el trabajador”⁽¹³⁾.

Se trata –en verdad– del financiamiento más barato del mercado con altas probabilidades de reducción del capital por el transcurso del tiempo (y desesperación del demandante).

Parte de la responsabilidad recae también en la logística y la infraestructura. Se puede contar con una legislación de avanzada y con jueces capaces, eficientes y proactivos, pero si no se tienen instalaciones adecuadas ni se hace uso de las ventajas que hoy ofrece la tecnología, la mejor ley y los mejores jueces igual fracasarán.

Como señala Carrión, “con la transformación del universo y con su modernización, la administración de justicia continúa desarrollándose atada a las mismas prácticas que existían en la antigüedad. Y las noticias periodísticas, sin trabas, junto con la evidencia adversa de las estadísticas y de la críticas, son implacables”⁽¹⁴⁾.

Penoso es constatar, por ejemplo, cómo los expedientes judiciales se siguen llevando como hace dos siglos: cosidos con pita; las diligencias se registran en actas que son un pálido reflejo de la realidad y, por lo tanto, intrínsecamente infieles a la verdad; las notificaciones se siguen cursando a través de mensajeros, que trasladan documentos físicos de un lado para otro en ciudades elefantiásicas, como Lima; las computadoras de que está provisto cada juzgado –¡Oh, alarde de modernidad!– pertenecen a épocas arcaicas de la cibernética, con *hardware* obsoleto y programas lentos y anticuados; y son utilizados apenas como simples máquinas de escribir medianamente eficientes.

Con métodos así, ¿qué esperanza de celeridad podemos abrigar?

(13) Loc. cit.

(14) CARRIÓN, Valentín: *Proceso judicial para el siglo XXI*. Op. cit., p. 589.

3. BASES PROCESALES PARA LA BÚSQUEDA DE CELERIDAD

La celeridad, sin desmedro de la seguridad y con miras a la eficacia, debe buscarse a través de una batería de medidas que se engarzan en torno de una idea fundamental: el sistema oral.

Resume bien estas exigencias Fernando Villasmil⁽¹⁵⁾ cuando expresa:

“El carácter esencialmente protector y reivindicador para la clase trabajadora que tiene atribuido el Derecho del trabajo, determina la necesidad de una jurisdicción especial, de carácter social, encargada de actualizar los propósitos del derecho sustantivo, de un procedimiento breve y sencillo que no esté sujeto a los principios y formalidades del proceso civil, concebido para dirimir conflictos de intereses entre individuos que, al menos a los ojos de la ley, están colocados en un plano de igualdad, mientras que el proceso del trabajo, como tantas veces hemos dicho, parte de una concepción radicalmente contraria: superioridad procesal del trabajador, como compensación a su manifiesta inferioridad económica. Por ello la justicia del trabajo debe ser breve, sencilla, gratuita y protectora. El principal deber de la justicia del trabajo es el de asegurar una sentencia rápida, pues así lo exigen la naturaleza del interés en conflicto y las necesidades vitales de los trabajadores”.

3.1. Sencillez, simplicidad

Por sencillez o simplicidad entendemos, en una primera acepción, la idea de un proceso claro y directo, que conduzca de manera llana a un resultado, a través de un derrotero exento de artificiosidades; y en una segunda acepción, una norma legal expresada en lenguaje llano, entendible por todos, habida cuenta de que sus usuarios principales –los trabajadores– son por lo general legos en Derecho y en muchos casos con niveles de instrucción solo básicos.

(15) VILLASMIL, Fernando: *Los poderes del Juez del trabajo*. Asociación Zuliana de abogados laboristas (AZAL), Maracaibo, 1979, pp. 65 y 66.

Algunas legislaciones, por ejemplo, exoneran al trabajador de la necesidad de la demanda escrita; puede formular su queja o petición en forma oral, con lo que le facilitan enormemente el trámite.

Del mismo modo, en la actuación de ciertas pruebas, tradicionalmente muy solemnes, como las declaraciones de parte o testimoniales, se prescinde de los pliegos interrogatorios escritos –presididos por frases ampulosas como “Diga usted”, “cómo es cierto”, “porque lo es que”, entre otras–, destinados más a confundir al deponente que a iluminar la verdad con una respuesta cierta.

3.2. *Linealidad*

Como requisito y correlato de la simplicidad está la linealidad del proceso, que se obtiene gracias a hacer irrecurribles las resoluciones interlocutorias y restringir los medios impugnatorios, con lo que devienen innecesarias las incidencias y la expedición de sucesivas resoluciones (autos), con la secuela de inevitables recursos. Todo se remite a la sentencia que habrá de resolver el fondo del asunto, evitando la arborización del proceso en múltiples ramas incidentales.

3.3. *Concentración*

Del mismo modo, la reunión de la mayor cantidad posible de actuaciones en el número mínimo de diligencias complementa los instrumentos para evitar que la actividad, tanto del juez como de las partes, se disperse en cuestiones y actuaciones colaterales que impiden ingresar en forma directa al fondo del asunto, que es en definitiva lo único que interesa.

3.4. *Elasticidad*

La elasticidad o flexibilidad es un atributo que deriva de las facultades conferidas al juez, que le permiten determinadas acciones para contornar lo que es típico en la norma procesal tradicional: su rigidez.

A través de esas acciones, el juez confiere agilidad y con ello velocidad al proceso, que es el objetivo centralmente buscado.

Se ha dicho que “este principio propuesto por el genio de Carnelutti en su anteproyecto de 1926 se contrapone al rígido legalismo formalista y ritualista. Este principio, dirigido a los jueces, permite que adecuen los ritos y formas procesales a las necesidades de justicia del caso que ante ellos se ventile. Aquí es el juez el que recorta (y hasta suprime) los ‘momentos procesales’”⁽¹⁶⁾.

Como postulado aparecía en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), cuyo texto fue publicado el 27 de julio de 1990 en el diario oficial *El Peruano*, la misma que no llegó a entrar en vigencia pues fue derogada por el Decreto Legislativo 767, que es la vigente LOPJ.

Aquella en su artículo 4 establecía que los magistrados conducen el proceso según, entre otros principios, el de elasticidad que fue desarrollado por el artículo 5 en estos términos: “Los magistrados en todas las instancias deben adecuar los excesivos formalismos ritualista de proceso a las exigencias sustantivas, humanas y constitucionales de la causa, considerando en todas sus resoluciones que el proceso es un instrumento puesto al servicio de la justicia, del bien común y de los derechos de la persona humana que es el fin supremo de la Sociedad y del Estado”. El artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo recoge este principio al señalar que “el proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales. El Juez podrá reducir su número sin afectar la obligatoriedad de los actos que aseguren el debido proceso”.

3.5. *La duración de los términos*

Hay que cuidarse de los falsos aceleradores y superar el simplismo de los que creen que la celeridad se logra con el mero acortamiento de los plazos. Los plazos deben ser razonables. Fijar, por ejemplo, que el emplazamiento con la demanda deba hacerse con un sentido exagerado de la urgencia puede conducir, más bien, a un alargamiento del proceso, ya que los mecanismos de notificación son complicados, en especial en

(16) PAREDES PALACIOS, Paúl: *Prueba y presunciones en el proceso laboral*. ARA, Lima, 1997, p. 111.

las grandes urbes –que es donde, por lo demás, se concentra la inmensa mayoría de las causas–, determinando muchas veces que una notificación tardía origine la inevitable reacción defensiva de la parte perjudicada, lo que habrá de redundar en mayores dilaciones que la muy breve que habría resultado si ese plazo hubiera tenido dos o tres días más de duración.

El gran maestro argentino Ramiro Podetti ya advertía, sesenta años atrás que:

“El principio de celeridad ha sido contemplado, arbi-trándose medidas para dar pronta solución a los pleitos. Son factores fundamentales de esa brevedad el acortamiento y perentoriedad de los plazos. [...]. No creo, sin embargo, que el acortamiento deba llevar a los litigantes o a los magistrados a situaciones angustiosas, cuando es factible una gran economía de tiempo suprimiendo la Comisión de Conciliación y la segunda instancia”⁽¹⁷⁾.

Entonces, plazos breves, sí, pero no irracionalmente cortos, sino prudenciales. Lo recomendable, en los actos esenciales del proceso, es dotar al juez de un margen de decisión, de modo que el plazo, en vez de ser rígido, oscile entre dos extremos, y sea el juez quien decida en cada caso concreto si apretar o extender, sobre la base de su experiencia y del conocimiento de la realidad concreta.

3.6. *Terminación anticipada, ejecución adelantada*

La concepción tradicional del proceso, en cuanto secuencia organizada de actuaciones sucesivas, conlleva la idea de que el fondo del asunto habrá de decidirse recién y con la sentencia.

Sucede, sin embargo, que en gran número de causas, en especial las laborales, la cuestión a dilucidar no es una sola, sino que lo común, lo normal, lo ordinario es que haya una acumulación objetiva de pretensiones, no necesariamente concatenadas o interdependientes, sino que

(17) RAMIRO PODETTI, J.: *Tratado del proceso laboral*. Ediar, Buenos Aires, 1949, T. I, p. 198.

responden a factores diversos y pueden conducir a resultados dispares. Por ejemplo, un trabajador que acciona en razón de su despido, demanda en simultáneo, y como es natural, el pago de los beneficios derivados de su cese (gratificaciones y vacaciones truncas, saldo de compensación por tiempo de servicios), pero también por otros derechos insatisfechos (vacaciones no gozadas y frustradas, gratificaciones impagas, etc.). Puede resultar que el empleador no niegue algunos de estos extremos, sea en forma explícita a través de un allanamiento, sea en forma tácita, por falta de contradicción.

En el esquema clásico, estos puntos en puridad no controvertidos serán recogidos en la sentencia, para ser declarados fundados, naturalmente; y luego, cuando se ejerciten los recursos impugnatorios –de una parte, de la otra o de ambas–, serán arrastrados hasta la resolución final y su posterior ejecución.

La pregunta cándida que surge es: ¿para qué esperar a ese momento respecto a derechos que ya quedaron acreditados y son líquidos o de fácil liquidación? Lo lógico y natural es que sean segregados de la disputa y ejecutados de inmediato, para lo cual el juez debe estar facultado para expedir de inmediato una resolución precoz y disponer su ejecución inmediata.

3.7. *Allanamiento presunto*

Dentro del principio protectorio que caracteriza al proceso laboral, hay una exigencia de contestación específica a todos y cada uno de los puntos o extremos del emplazamiento inicial. La natural consecuencia consiste en que la falta de contradicción expresa de cualquiera de ellas sea reputada como un allanamiento, lo que debe abrir paso a la resolución y ejecución anticipadas antes desarrollada.

3.8. *Presunciones eficaces*

En línea con lo anterior, las normas, tanto procesales cuanto sustantivas, deben contener presunciones eficaces que aligeren o alivien al trabajador de la necesidad de probar y permitan al juez resolver a su favor por su solo mérito.

Una propuesta muy interesante está contenida en el Proyecto de nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú, en el que se establecen presunciones derivadas de la conducta de las partes: negación de exhibiciones y documentos; impedimento de acceso al material probatorio al juez, peritos y comisionados judiciales; actitudes que deben derivar en desmejora de la posición de cara resultado, pero que, en realidad, se encaminan más a evitar esos comportamientos, que son dilatorios.

3.9. Limitación de los recursos

El ideal en esta materia sería un único recurso, capaz de contener todas y cualesquiera impugnaciones que se pudieran formular contra una resolución judicial.

Por cierto, el tecnicismo procesal se solaza con la proliferación de recursos: aclaración, reposición, apelación, revisión, casación, extraordinario, agravio, etc. Cuanto más complejos y enrevesados, mejor, porque así resaltarán las dotes profesionales de los abogados, únicos conocedores de los arcanos del proceso y por ende únicos capacitados y calificados para instrumentarlos.

Pero en el fondo, aun con respeto a las especificidades de cada tipo particular de recurso, lo que todos contienen es una impugnación de la resolución. Por lo tanto, nada obstaría para que existiera un único recurso –recurso de impugnación–, cuya naturaleza, con prescindencia de su denominación, derivaría simplemente de su contenido: si se trata de una mera aclaración, la impugnación sería para que se aclare lo dudoso o erróneo; si se trata de que se revise el fondo, la impugnación tendría ese objeto; pero si el problema es de haberse incurrido en infracción, la impugnación apuntaría a nulificar la resolución, llámese al recurso como se le llame.

Un paso en esa dirección –a nuestro ver muy correcto– aparece en la Ley de Procedimiento Administrativo General, cuyo artículo 231 señala que el error en la calificación de un recurso por parte del recurrente no es obstáculo para su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter. Es decir, la falla en la denominación no invalida su contenido ni impide su admisión y tramitación. Así, si llamé apelación a

lo que planteaba una nulidad, el revisor, en uso del principio *iura novit curia* se encargará de reconducir el trámite del modo adecuado a la naturaleza de la impugnación.

Un distinguido colega brasileño, horrorizado de la cantidad y variedad de recursos que contiene y tolera el proceso en su país⁽¹⁸⁾, decía que para ejercer la profesión no bastaba ser abogado, ni laboralista, ni procesal-laboralista; era menester ser “recursista”. Conocer, administrar aplicar los recursos se había convertido en una especialidad.

3.10. Limitación de las instancias

En nuestro país, a muchos puede parecerles justa y necesaria la garantía que consagra la Constitución peruana de la pluralidad de instancia (artículo 139, inciso 6, que se traduce por necesidad en el veto irremovible a los procedimientos de instancia única, que devendrían en violatorios de derechos fundamentales.

La cuestión no es tan pacífica, y ha sido objeto más bien de polémica, ya que muchas veces se pierde de vista que hay valores superiores a los de esta formalidad.

“Los estudiosos del Derecho procesal han debatido mucho sobre las ventajas y desventajas del doble grado de la jurisdicción. En apretada síntesis, las ventajas apuntadas por la doctrina son las siguientes: a) la mayor experiencia de los jueces de jerarquía superior que, normalmente, ya actuaron como jueces en las instancias inferiores en muchas cuestiones judiciales llevadas a su conocimiento; b) mayor independencia del revisor en la medida en que, ordinariamente, se encuentra más distanciado de las fuentes de presiones; c) control psicológico sobre los jueces de instancias inferiores que se empeñarían más en la elaboración de sus decisiones, tornándose más prudentes, más celosos en la prestación jurisdiccional; d) examen más profundo del litigio elevado al juzgamiento del órgano de jurisdicción jerárquicamente superior; e) función indispensable de control del acto judicial, control, al fin y al cabo, de la actividad jurisdiccional, efectivizado por el propio Poder Judicial; f) la garantía de los recursos

(18) Sostenía que había 27 clases distintas de recursos.

sería una consecuencia natural de una necesidad humana, toda vez que nadie se conforma con un único juzgamiento cuanto le es desfavorable; g) el recurso actúa como una forma de purificación de la sentencia, puliéndolas (purificándolas) de profundización natural producida por los recursos; y h) necesidad de inhibir sentencias injustas e eventuales tentativas de corrupción de los jueces”⁽¹⁹⁾.

“Entre las desventajas apuntadas por la doctrina, se destacan las siguientes: a) la excesiva duración del proceso, consecuencia directa de la interposición reiterada e innecesaria de varios recursos, dilatando el derecho al acceso a la justicia, elevando los costos del proceso y provocando daños económicos a las partes; b) la confirmación de la sentencia por el órgano superior implicaría la declaración de haber sido perfecta la decisión del grado inferior, tornando superflua a la actividad del judicial de segundo grado; c) la eventual reforma de la decisión, por el contrario, acarrearía un cierto desprestigio al juez de la jurisdicción inferior, además de demostrar que el sistema jurisdiccional es frágil, ya que da soluciones diversas para la misma situación concreta; d) el retardo en la formación de la *rex judicata*, infundiendo una cierta inseguridad a las partes en cuanto al éxito o fracaso de sus pretensiones deducidas en el juicio; e) la utilización de los recursos por los litigantes de mala fe serviría para infundir descrédito al Poder Judicial”⁽²⁰⁾.

Nosotros nos preguntamos, ¿qué sentido tiene, por ejemplo, la forzosa dilación de la instancia múltiple cuando lo que se controvierte es un mero incumplimiento? No una duda jurídica, no un debate teórico sobre el significado o alcance de una norma, o el despliegue dialéctico de juristas avezados, sino un simple y vulgar incumplimiento. Como lo es la falta de pago de salarios, el no otorgamiento de descansos, el despido sin expresión de causa. O, saliéndonos del campo laboral, el pago de alimentos o el desahucio por ocupación precaria o por falta de pago de la merced conductiva.

(19) GOMES, Gilberto: *Os recursos trabalhistas (Aspectos)*. En: VV. AA., *Direito e processo do trabalho. Estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano*. Coordinadores: Estêvão Mallet y Luiz Vários Amorim Robortella. LTr, São Paulo, 1996, p. 646.

(20) Ibidem, pp. 646-647.

No se trata, en ninguno de esos casos, sino de acreditar determinados hechos, el no pago principalmente. Acreditado esto, ¿cuál es la razón para que al moroso e incumplido se le permita dilatar la satisfacción de su elemental obligación con recursos que no tienen otro objetivo que postergar lo inevitable?

Procedimientos de instancia única los hay en México, en Argentina, en España, países insospechables de precariedad jurídica, y dueños más bien de una renombrada tradición y cultura en ese campo.

En el Perú, en cambio, no se sabe tomado de dónde, se ha elevado a nivel constitución y consagrado como garantía de la administración de justicia el derecho a la dilación, que permite premiar al infractor y castigar al legítimo acreedor.

Creemos que ya es tiempo de reparar este craso error.

Instaurar el proceso de instancia única en casos específicos por cierto— no implica consagrar la indefensión ni atentar contra el debido proceso. Pero a ciertos casos laborales (o de alimentos o de desahucio) se los debería exonerar de esa rémora, abriéndole al deudor, sin embargo, la posibilidad y el derecho de contradecir en otra vía —la del proceso de conocimiento, seguramente— el fallo que considera errado.

Pero después de haberse satisfecho la obligación, esto es, ejecutado el fallo de la instancia única.

En todo caso, el número de instancias debe ser mínimo: dos a lo sumo.

3.11. El polémico recurso de casación

Lo expuesto líneas arriba reabre el debate sobre la cuestión de la casación.

Hay consenso en que las causales para este recurso deben ser limitadas. En anterior ocasión, propugnamos que fueran tres esas causales: (i) fallos *contra legem*, en los que haya notoria y evidente violación de la ley; (ii) infracción constitucional, para la correcta aplicación del control difuso en la máxima instancia; y (iii) contradicción jurisprudencial.

El Código Procesal tenía un corto repertorio de causas, pero en una reciente reforma legal al respecto, se ha establecido, como causal genérica “la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento inmotivado del precedente judicial”.

En el proyecto de nueva Ley Procesal de Trabajo se había postulado correctamente que el recurso de casación tuviera hasta tres causales: haberse resuelto vulnerando la Constitución y los tratados internacionales; la contravención de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional y la corte Suprema, y la contradicción a jurisprudencia objetivamente similar.

Desafortunadamente, en su tránsito por la Comisión de Trabajo del Congreso, esta ha modificado el artículo para homogeneizarlo con el proceso civil, lo que abriría un ominoso vacío en cuanto a la jurisprudencia de las salas superiores, ya que al eliminarse la causal de uniformación de jurisprudencia, se va a producir un caos jurisprudencial.

La última palabra aún no está dicha.

Por otro lado, el indicado proyecto de nueva Ley Procesal del Trabajo incorpora en este punto un progreso remarcable: el recurso de casación no interrumpe ni dilata la ejecución de lo resuelto en la instancia material. De ese modo, el debate jurídico podrá transferirse a la Corte Suprema, pero el trabajador ya habrá cobrado lo que le corresponde.

Por cierto, esto podría conducir a dos situaciones injustas. La primera, en el caso de que la casación resultara exitosa: en tal caso, ¿cómo recuperar lo pagado, habida cuenta de que el trabajador puede resultar inubicable o, llegado el caso, insolvente? La segunda, en el caso de un empleador de escasos recursos, a quien financiar un pago cuantioso puede resultarle imposible. En ese extremo, ¿podría denegársele el derecho a defenderse?

El anteproyecto trae una salida alterna: el empleador, en vez de pagar, puede consignar el monto o afianzarlo suficientemente. En tal caso, aunque la ejecución quedará diferida, a las resultas de la casación, al menos la ejecución final resultará suficientemente garantida y expedita, con gran avance hacia la eficacia de la ejecución.

3.12. El otro calvario: la ejecución

Cuando se estudia el tema de la celeridad, se le suele contraponer el de la seguridad jurídica. Se crea así una falsa antinomia según la cual esa seguridad solo se consigue con sacrificio de la velocidad o, dicho de otro modo, que la celeridad puede atentar contra la seguridad.

No compartimos esa visión. A nuestro ver, seguridad y celeridad no son términos antinómicos sino complementarios: la justicia debe ser célere y certera. Esa es la meta, ese el objetivo.

Pero a ello debemos añadir un tercer valor: la eficacia.

Como dice el ilustre procesalista rosarino Jorge Peyrano:

“Lo que hoy prevalece es, al fin y al cabo, la preocupación concreta sobre cómo lograr el cabal, inmediato y fiel cumplimiento de las órdenes judiciales. De no obtenerse ello, tampoco se habrá materializado en los hechos la eficacia del proceso”⁽²¹⁾.

A lo que agrega, el joven estudioso peruano José Tam:

“En efecto, si entramos al análisis del mundo axiológico del proceso, coincidimos con Peyrano en que el valor procesal más elevado es la justicia, que funciona como meta, pero que el camino para llegar a la misma está iluminado por el valor eficacia. La eficacia del proceso, entonces, debe guiar cualquier búsqueda seria y comprometida de instrumentos procesales que aseguren la realización de las decisiones, inclusive aquellos no previstos por el legislador”⁽²²⁾.

Todo ello referido a un aspecto no siempre presente en los análisis y estudios sobre la celeridad: la etapa de ejecución.

(21) TAM PÉREZ, José: *Proceso, poder jurisdiccional y tutela procesal efectiva ensayos de Derecho procesal*. ARA, Lima, 2009. p. 45.

(22) Loc. cit.

“Como señala Couture, la ejecución resulta ser la etapa final de un largo itinerario que denominamos proceso [...] y hoy, a más de sesenta años, nos preguntamos si en realidad la ejecución es el final de un largo itinerario, o más bien el comienzo de uno nuevo más tortuoso que el primero, más ingrato e infinitamente más frustrante. Debemos tener en cuenta que al llegar a esta etapa del proceso, el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica sometida al conocimiento del órgano jurisdiccional ya fu dilucidado de manera definitiva y solo falta que la decisión final sea actuada en la realidad y despliegue todos sus efectos a favor del triunfador de la contienda. Verificar que en muchos casos este *solo falta* se convierte prácticamente en un segundo calvario en términos de tiempo, costos de tiempo, costos legales y circunstancias, produce en los justiciables una insatisfacción y frustración mucho mayor que aquella que se puede presentar frente a una injusticia reflejada en la etapa decisoria”⁽²³⁾.

En efecto, puntualiza Rodríguez Pinto:

“Peor que una sentencia no proferida es una sentencia no cumplida. En el primer caso, el sentimiento es de ansiedad por una expectativa que tarda en realizarse. En el segundo, es de frustración por una entrega sustraída. El peso de esa frustración se torna mucho más doloroso si el acreedor del título sentencial fuera el trabajador, que, en definitiva, no se alimenta de derecho reconocido, sino del valor que aquel representa, para sobrevivir a las duras vicisitudes económicas cotidianas./La conciencia exacta de esa premisa forma la convicción de que el respeto a la magistratura laboral y la seguridad de su justiciables está en la correspondencia directa entre la celeridad y la eficacia con que sus sentencias sean hechos cumplir”⁽²⁴⁾.

(23) *Ibidem*, pp. 42 y 43.

(24) RODRÍGUEZ PINTO, José Augusto: *Execução trabalhista: caminhos para a simplificação*. En: VV. AA., *Direito e processo do trabalho. Estudos em homenagem a Octavio Bueno Magano*. Coordinadores: Estêvão Mallet y Luiz Varlos Amorim Robortella. LTr, São Paulo, 1996, p. 666.

Es que “si como bien se señala, la excesiva duración del proceso beneficia al demandado, sobre todo si no tiene la razón, la excesiva y/o tortuosa duración de la etapa de ejecución únicamente alimenta la cultura del incumplimiento, tan afincada en esta parte del mundo”⁽²⁵⁾.

“Al respecto, el profesor brasileño Luiz Guilherme Marinoni señala: “[...] en la realidad de la vida la lentitud del proceso puede significar angustias, sufrimiento psicológico, perjuicios económicos y hasta la misma miseria”⁽²⁶⁾.

“El estudio y experiencia del proceso nos lleva inevitablemente a presenciar el viejo e irresuelto conflicto entre justicia y tiempo, y a analizar permanentemente esta dimensión temporal del proceso como la denomina la profesora española María Ángeles Jove, al momento de apreciar cualquier instituto. El punto de partida de la excesiva duración del proceso se encuentra en la doctrina clásica que diseñó el procedimiento ordinario y relegó el estudio y desarrollo de los procedimientos sumarios especiales”⁽²⁷⁾.

4. EL PROCESO ORAL: EL NUEVO PARADIGMA

Prácticamente todos los atributos requeridos para lograr un proceso ágil, certero y por lo tanto eficiente y célere se conjugan y sintetizan a través del sistema procesal oral.

Sabino Hernández, catedrático ecuatoriano, nos recuerda, con sabiduría, que para lograr la modernidad debemos escudriñar en el pasado.

(25) MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan José: *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales*. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IV, Lima, 2001, p. 158. Citados por TAM PÉREZ, José: *Proceso, poder jurisdiccional y tutela procesal efectiva ensayos de Derecho procesal*. Op. cit., p. 44.

(26) MARINONI, Luiz Guilherme, *Disertación pronunciada en el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en San Juan (República Argentina) los días 13 al 16 de junio de 2001*. TAM PÉREZ, José: *Proceso, poder jurisdiccional y tutela procesal efectiva ensayos de Derecho procesal*. Op. cit., p. 43.

(27) Loc. cit.

Los procesos más célebres de la historia de la humanidad –tanto reales cuanto ficticios– fueron en efecto orales: desde los de Salomón, hasta los de Sócrates, Jesús, Galileo Galilei y Tomás Moro, o los de Shylock y los de Sancho Panza, en la ínsula Barataria, fueron orales, sin que el acierto en unos o la injusticia patente en otros derive de los procesos en sí, que fueron sin duda céleres.

La oralidad no es la mera prevalencia de la expresión hablada sobre la escrita en el desarrollo de las actuaciones procesales, sino que constituye un sistema alterno y distinto al del proceso escriturario.

Ir a un proceso oral no implica tan solo una nueva ley, ni un *aggiornamento* de la existente, sino la adopción de un nuevo y distinto sistema procesal. Vinatea se entusiasma al pronosticar que, con un nuevo proceso, terminarán las demandas frívolas pero, sobre todo, las defensas sin sustento, para lo cual apunta a:

“[...] un tipo de proceso basado en el uso de tecnología; efectivo y dirigido a facilitar que la norma se haga efectiva. Para ello, busca mostrarse tan eficaz que actúe como un desincentivo al incumplimiento, de tal forma que o evite el incumplimiento o lleve a una conciliación del conflicto en su etapa inicial.

Pretende, del mismo modo, convertirse en un disuasivo de las demandas masivas sin fundamento y en un canalizador de legítimas pretensiones judiciales. [...]. Pero los efectos no se limitarán a lo dicho. La norma puede cambiar la manera de litigar; la forma de ejercer el derecho; el modo de actuar frente a las normas y la manera de ver al Poder Judicial”⁽²⁸⁾.

En esa misma línea, Paúl Paredes califica a la celeridad como un principio del proceso, cuya búsqueda debe realizarse a través del proceso oral. Así, señala:

(28) VINATEA RECOBA, Luis: *La oralidad en el proceso laboral*. En: *El Peruano*, Lima, 21 de octubre de 2009.

“En primer lugar la celeridad es un resultado; es el resultado de instaurar un proceso oral, concentrado y en el que el juez está en contacto con las partes, las pruebas y la causa. La celeridad, también conocida como ‘concentración temporal’ refiere a un proceso estructurado en plazos breves, es decir, con ‘momentos procesales’ sensiblemente recortados y hasta suprimidos en relación a otros procesos sobre todo el proceso ordinario de conocimiento civil contemplado en la mayoría de las legislaciones. Pero esto último es una indicación para el legislador. La utilidad del principio de celeridad en el proceso viene dada en la indicación al juez de otorgar eficaz y prontamente el servicio público de la justicia, para lo cual ha de acercar en el tiempo los actos procesales de admisión a la instancia, prueba y sentencia”⁽²⁹⁾.

Con referencia al proceso penal, pero con conceptos que son *mutatis mutandis* plenamente válidos para el proceso laboral, Ortega Riso expone las ideas-fuerza más relevantes del juicio oral:

“Principio de la inmediación (la prueba debe ser directamente percibida por los jueces de primera mano).

Oralidad (se trata de una idea al servicio de la inmediación y de la contradictoriedad: las personas deben aclarar espontáneamente, sobre la base de su memoria y a través de la palabra, de modo que puedan ser oídas directamente por los jueces. Sin perjuicio de que hay lecturas; la lectura daña severamente la inmediación de los jueces y la contradictoriedad. La mera lectura –oral– de escritos o declaraciones no constituye oralidad).

Concentración y continuidad (también al servicio de la inmediación, la audiencia debe desarrollarse de principio a fin en una sola unidad. Esa unidad puede durar una hora o una semana, pero debe verse toda la prueba de una sola vez).

(29) PAREDES PALACIOS, Paúl: *Prueba y presunciones en el proceso laboral*. Op. cit., p. 110.

Principio de contradictoriedad (en un entorno de juego justo, enjuicio favorece que las partes puedan realizar toda la actividad que esté a su alcance para convertir el caso de la contraparte y presentar su propio caso).

Imparcialidad (el juicio exige ser resuelto por alguien que no tenga compromisos ni credibilidades preconcebidas para ninguna de las partes, y que haya sido capaz de organizar para todas ellas un entorno de juego justo durante el debate).

Publicidad (el juicio debe realizarse en presencia de la comunidad. Toda persona tiene derecho a presenciar el juicio y a observar de qué manera jueces y abogados ejercen su labor dentro del tribunal)⁽³⁰⁾.

Lo que caracteriza al proceso oral, entonces, no es solo que las cosas, en vez de escriturarse, se verbalicen, sino que todo el trámite se realice en audiencia, con la presencia indispensable e insustituible del juez, quien no es un espectador sino que pasa a ser el verdadero protagonista al dirigir, enrumbar y conducir todas las actuaciones, que deben llevarse a cabo y agotarse en un concentrado y mínimo número de diligencias.

En el proceso oral “el mero conocimiento del derecho por sí solo no es suficiente”⁽³¹⁾.

Se “requiere la correcta integración del derecho sustantivo, procesal y la prueba, mediante la adquisición de destrezas y habilidades en litigación oral, como la construcción de la teoría del caso, la ejecución de interrogatorios o contrainterrogatorios, la objeción de preguntas, la formulación de alegatos de apertura y de clausura, así como la introducción de evidencias en el juicio oral”⁽³²⁾.

(30) ORTEGARISO, U.: *La institución del juicio oral*. En: *Revista Judicial* 2008, Corte Superior de Justicia de Tacna, Agosto de 2008, p. 51

(31) ÁVALOS CISNEROS, María: *La práctica de la litigación oral*. En: *Jurídica*, Suplemento de análisis legal de *El Peruano*, Lima, 20 de octubre de 2009.

(32) Loc. cit.

En principio, para la construcción de la teoría del caso lo recomendable es:

“[...] seguir el orden de lo jurídico, lo fáctico y lo probatorio, culminando con la formulación de una historia con sentido [...] relevante [...]”.

Afrontar un litigio judicial requiere de una adecuada planeación para que las pretensiones expuestas logren ser declaradas por el juzgador. La teoría del caso es la herramienta más importante para concebir la actuación del proceso, verificar el desempeño durante el debate oral y terminar adecuadamente en el argumento de conclusión. De ahí que la preparación del juicio evitará inconsistencias durante el alegato de apertura o cierre, el interrogatorio, contrainterrogatorio o la formulación de oposiciones.

Por otro lado –y esto tiene que ser internalizado subjetivamente por todos– es que toda la prueba, toda, tiene que ser actuada en la audiencia. Por ejemplo, si una de las partes ofrece y presenta una pericia, durante la audiencia no puede referirse a ella como una pieza que obra en autos, sino que el perito tiene que comparecer y solventar sus opiniones delante de las juez y de las partes, y someterse al escrutinio que todos ellos puedan hacerle, lo que significa que estos tiene que prepararse previamente de modo exhaustivo para estar en condiciones de interpelar al perito. La pericia escrita que obrará en el expediente será solo el soporte material, pero lo que cuenta es lo que se desahogará en la audiencia, en presencia y con participación de los concurrentes a la actuación.

‘El interrogatorio es la manera como la prueba testimonial se presenta y practica ante el juez. Cada sujeto procesal pretende probar su teoría del caso a través de él. De ahí la importancia de su planeamiento y práctica, para la conducción exitosa de testigos propios’ explica.

En efecto, este planteamiento permitirá determinar cuáles son los hechos u opiniones (peritos) relevantes de la teoría del caso que el testigo probará con su dicho qué secuencia deberá seguir para explicarlos claramente, y que temas y detalles son de importancia para la consistencia de su declaración. Su función será presentar el testimonio de una manera efectiva, lógica y persuasiva.

En el interrogatorio el centro de atención es el testigo, cuya credibilidad se determina por quién es (su vida), qué dice (contenido) y cómo lo dice (comportamiento). Para el [...] que presenta su testigo, su habilidad en el interrogatorio es obtener la información de este, que el juez comprenda lo dicho por ese testigo y lo persuada. Desde la perspectiva del magistrado, él se pregunta; quién es este testigo (acreditación), por qué está aquí (relación con los hechos) y por qué creerle (verosimilitud), refiere Jiménez Montes, al explicar las mejores técnicas de la entrevista forense.

PLANEAMIENTO

Así el interrogatorio efectivo requiere un planeamiento fundamentado en la teoría del caso, que permita saber qué le aporta al testigo a ella; cuáles son las fortalezas y debilidades del testigo y su testimonio; y cuáles son los temas básicos que se deben examinar con un testigo determinado.

En consecuencia, deberá determinarse en qué orden presentar a los testigos, cómo orientarlos éticamente, cómo acreditar al testigo y cómo desarrollar lógica y persuasivamente el testimonio a través de la narración previa de los hechos. Para preparar al testigo y su testimonio, es necesario focalizarse en lo que este aporta a la teoría del caso de la parte que lo presenta o propone. No se puede poner a hablar a los testigos de todos los hechos, sino solo de aquello que le consta directamente y resulta relevante para probar la teoría expuesta por la parte.

Una vez establecido lo que el testigo aporta, se debe determinar los temas y subtemas a tratar con él y la forma de hacerlo.

Entre ellos, el desarrollo de temas del interrogatorio; el análisis de sus fortalezas y debilidades; preparación de un esquema para el interrogatorio; orden de presentación de los testigos y su acreditación; ilustración del testigo; y, narración previa de hechos.

El análisis del testimonio a rendir debe partir de cuáles son los hechos relevantes de la teoría del caso que deben probarse con este testigo, cómo debe presentarlos y qué detalles auxiliares enriquecen el testimonio.

Además, precisar las debilidades o vacíos de este testigo en entrevistas realizadas por cuerpos investigativos o declaraciones anteriores rendidas ante autoridades judiciales.

Esto para anticipar el contrainterrogatorio de la parte adversa.

El abogado prepara luego una secuencia o esquema con que desarrollará el interrogatorio. 'No propiamente un guión con todas las preguntas, pero sí una guía o lista de chequeo que le permita la conducción del interrogatorio, verificar si se abordaron los temas relevantes para su teoría, llevar un orden o secuencia lógica, e incluir algún detalle especial del testigo', afirma Jiménez Montes.

EL CONTRAINTERROGATORIO

Agotado el interrogatorio de un testigo presentado por un sujeto procesal, corresponde al otro decidir si ejerce el derecho a contra interrogar. Sin duda, enfrentar a los testigos contrarios es una de las habilidades más difíciles de desarrollar en el litigio. Un contrainterrogatorio exitoso requiere conocer exactamente los puntos débiles del testigo y sus testimonio, saber cómo confrontarlos, qué tipos de preguntas formular, tener dominio sobre el testigo y saber cuándo y cómo se debe terminar, remarca el expositor.

Para esto se requieren nuevamente la debida planeación y mucha práctica. La función del contrainterrogatorio es refutar en todo o en parte lo que el testigo ha contestado al interrogador. ¿Cómo?, pues atacando la credibilidad personal del testigo o del testimonio; sacar a relucir lo que el testigo no dijo, poner en evidencia que no se entregó toda la información. Para ello, se pueden utilizar manifestaciones anteriores del testigo, incluidas aquellas hechas a terceros, o entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios ante el juez [...].

Como todo aspecto o etapa del proceso oral, el contrainterrogatorio requiere una cuidadosa planeación, más cuando se trata de enfrentar al testigo adverso. "Lo primero que se debe pensar es si es necesario o no contrainterrogar al testigo. Solo si se tiene un claro entendimiento de lo que se piensa obtener con el testigo adverso, y se ha planeado debidamente, se debe contrainterrogar", recomienda.

El contrainterrogador debe preguntarse si el testimonio afecta su teoría del caso, si se trata de un testigo importante, y si es un testigo creíble. Si el testimonio vertido en el interrogatorio no es conducente ni relevante, no hay por qué controvertirlo, ya que por sí solo está debilitado. Si encuentra necesario contrainterrogarlo, lo primero que deberá pensar es cómo encaja el testigo en la teoría del caso del sujeto procesal contrario [...], y cómo afecta a su teoría.

Para esto es conveniente hacer una lista de los hechos relevantes sobre los que el testigo puede declarar en el interrogatorio y deducir cuáles tendrán que ser objeto de contrainterrogatorio, las fortalezas y debilidades del testigo o de su testimonio, y qué deseo que se revele en el contraexamen⁽³³⁾.

(33) JIMÉNEZ MONTES, José, citado por ÁVALOS CISNEROS, María: *La práctica de la litigación oral*. Op. cit., pp. 4 y 5.

Esto exige profunda capacitación para el juez, sus auxiliares, los abogados, los litigantes, todos quienes, en fin, tienen algún grado de participación, lo que a su vez implica un enorme esfuerzo a desarrollarse en un largo tiempo.

Y que además debe ir acompañado de un poderoso apoyo material: locales adecuados para audiencias que necesariamente deben desarrollarse en público, y sobre todo el soporte de la tecnología.

El expediente electrónico; las notificaciones vía internet, la filmación de las audiencias y su registro, no en actas, sino en DVD, las bases de datos informáticos, en especial de la jurisprudencia, los sistemas para cálculo de beneficios, son todos elementos que habrán de contribuir a un juicio no solo más rápido —se calcula que un proceso normal puede ser finiquitado en 6 ó 7 meses—, sino más certero y por lo tanto más justiciero.

Piénsese, nomás, en que la sentencia debe ser pronunciada por el juez al término de la audiencia, o sea el mismo día en que esta se desarrolla, para tomarle el peso y medir lo que significa, en términos de duración del proceso, el sistema oral frente al escriturario.

5. COLOFÓN

El retardo es una de las peores taras del sistema de justicia, y se hace más grave e injusto en el caso de los procesos laborales, por la naturaleza social de los derechos que se controvierten y por el carácter alimentario de los créditos en disputa.

Las causas de esta penosa situación son múltiples, como múltiples las responsabilidades y los responsables de la misma.

Hay causas estructurales y conductuales para la morosidad. Dentro de las primeras está señaladamente el del sistema procesal mismo, que está basado en un esquema dispositivo en el que el juez tiene una participación tangencial y que se desarrolla en lo fundamental a través de sucesivos actos dispersos e invertebrados, la mayoría de los cuales además se despachan por vía escrita.

La gran apuesta hacia el futuro está sustentada en una visión hacia el pasado: el proceso oral.

Esa es la dirección hacia la que se encaminan, acertada y firmemente, muchos países de nuestro Continente. En varios de ellos –Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela– ya han sido implantados; en otros –Costa Rica, Uruguay– se está avanzando de modo firme en esa dirección.

El proceso oral, basado en audiencias, incorpora elementos fundamentales: sencillez, rectitud, concentración, inmediación; y además, en los tiempos modernos, puede y debe estar soportado en los avances prodigiosos de la tecnología. Con ello, se producirá un avance fenomenal en la búsqueda de celeridad.

En el Perú, está en pleno trámite un proyecto de ley que recoge virtualmente todas las postulaciones que hemos hecho en pro de la celeridad, y que como es obvio consagra el proceso oral. Depositamos en ese proyecto grandes esperanzas y expectativas, y confiamos será aprobado en breve.

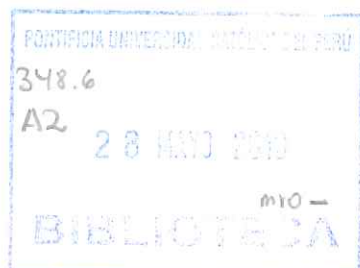
No será suficiente, sin embargo. Habrá de requerirse además una infraestructura adecuada al nuevo sistema y, sobre todo, una intensa y acuciosa capacitación de los operadores jurídicos: jueces, auxiliares de justicia, abogados, litigantes y estudiantes de Derecho.

De todos ellos, es sin duda el juez quien tendrá que modificar de modo más concienzudo y cabal sus habilidades y destrezas, porque de su actividad habrá de depender el éxito del cambio.

Si un juez competente, capacitado, calificado y diligente logra que el proceso se cumpla dentro de los términos temporales previstos en la ley, la tarea estará cumplida.

La celeridad dejará de ser un ideal inalcanzable para convertirse en una realidad, en beneficio de quienes la merecen: los trabajadores.

El agradecimiento a los doctores Oxal Víctor Ávalos Jara y Juan Pablo Aguilar Ladrón de Guevara por el cuidado de la edición de la presente obra.



Actualidad del derecho del trabajo,
se imprimió en noviembre de 2009